

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE JUAN CARLOS MOSQUERA ARBOLEDA  
VS. PROTECCION S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y COLPENSIONES  
LLAMADA EN GARANTIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.  
RADICACIÓN: 760013105 012 2021 00148 01

Hoy treinta (30) de septiembre 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. 1026 de 31 de agosto de 2021, resuelve las **APELACIONES** de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, **SKANDIA S.A.**, **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** así como la **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 67 de 4 de junio de 2021 dictada por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JUAN CARLOS MOSQUERA ARBOLEDA** contra **PORVENIR S.A.**, **PROTECCION S.A.**, **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES**, al cual fue vinculada en calidad de llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** con radicación No. **760013105 012 2021 00148 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 30 de julio de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.54**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

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 401

### ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia del traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, debiéndose trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados con sus respectivos rendimientos, y las semanas cotizadas.

### SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderado judicial, que nació el 10 de febrero de 1962, iniciando sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, desde el mes de mayo de 1986, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., en junio de 1995 y luego a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Las demandadas **AFP's PORVENIR S.A., PROTECCION S.A., SKANDIA y COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, considerando que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo.

**SKANDIA S.A.**, solicitó llamar en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (fl. 80 a 85 Contestación Skandia). La aseguradora dio respuesta a la demanda (fl. 3 a 15 contestación Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.) e informó que el seguro adquirido fue previsional a efectos de financiar sumas adicionales de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, aclarando que se recibió la prima pactada, con el objeto de cubrir las contingencias derivadas de la invalidez y la muerte, objeto de cobertura bajo el seguro previsional y que no es posible que se traslade el detrimento del deber de información a la aseguradora cuando de manera alguna intervino en la diligencia debida que debieron implementar las AFP en las que estuvo afiliado el demandante para el riesgo de vejez.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, en sentencia No. 260 de 10 de agosto de 2021, accedió a las pretensiones de la parte actora, y resolvió:

la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por COLPENSIONES, SKANDIA Y PROTECCION.

**SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor JUAN CARLOS MOSQUERA ARBOLEDA y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras

del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad.

**TERCERO: CONDENAR a SKANDIA a devolver a COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JUAN CARLOS MOSQUERA ARBOLEDA como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán al demandante si fuere el caso.

**CUARTO: CONDENAR a SKANDIA, PROTECCION y PORVENIR** a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administraron las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.

**QUINTO: COSTAS** a cargo de SKANDIA, PROTECCION, PORVENIR y COLPENSIONES, a favor del accionante. Tásense por secretaria del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una.

**SEXTO: REMITIR** el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

**SÉPTIMO: INFORMAR al MINISTERIO DEL TRABAJO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.

**OCTAVO: DECLARA PROBADA** la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN a favor de la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S A.

**NOVENO: CONDENAR en costas a SKANDIA** a favor MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S A. Tásense por secretaria del despacho fijando como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído.  
LA PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS

Consideró la *A quo* que para el traslado el demandante debía contar con la opción elegir entre los regímenes vigentes, sus ventajas y desventajas, competencia expresa de las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben informar que en efecto, brindaron al afiliado asesoría necesaria, en forma clara y oportuna.

En relación con la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., señaló que lo dispuesto en su decisión, no afectaba las pólizas previsionales suscritas por las Administradoras del RAIS.

### RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** recurrió en apelación porque las obligaciones impuestas a la Administradora generan una inestabilidad económica y financiera. Sobre el deber de información a cargo de las AFP's indicó que éste nació a la vida jurídica solo hasta el año 2015, en el que la jurisprudencia explicó que las administradoras tenían que brindar una información clara, suficiente y completa, pero en la época en que se dio el traslado del demandante, dicha jurisprudencia no existía de manera que no puede obligárseles con base en supuestos retroactivos. Solicitó se absuelva a COLPENSIONES de la condena en costas, toda vez que los traslados de régimen pensional fueron ajenos a la entidad, es decir que su efectividad no dependía de ella, como tampoco su exigencia.

Por su parte la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar las condenas impuestas, con base en la línea jurisprudencial que ha sentado la Corte Suprema de Justicia, pues al momento en que el demandante se vinculó, se le brindó una información concreta, veraz, oportuna, conforme a las disposiciones legales de cada uno de esos momentos en que se vinculó al fondo de pensiones, PORVENIR S.A.. Que se incurre en defecto sustantivo al exigir a las AFP's, el cumplimiento de un deber de asesoría que no se encontraba vigente al momento en que se realizó el traslado cuestionado, igualmente por desconocer los límites del deber de información por la desatención del principio de conservación del contrato, al declarar la ineficacia del traslado, sin determinar si se presentó un vacío informativo determinante, máxime cuando es claro que en estos casos la inconformidad principal es la mesada pensional, que podrían obtener en el RPM, frente a la que le podría corresponder en el RAIS, debiéndose recordar que para el momento en que se vinculó al RAIS, este deber no existía para los fondos de pensiones de tener constancias escritas, ni tampoco proyecciones o cálculos actuariales, ello se

vino a dar con mucha posterioridad al momento de vinculación del demandante.

Es claro que pese, a que la Sala de Casación de la Corte ha reconocido que debe aplicarse la norma vigente para el momento en que se produjo el traslado, lo cierto es que al deber de información a cargo de la AFP, se le ha dado un alcance a la norma que no correspondía en dicho momento, en efecto la Sala de Casación de la Corte ha aplicado retroactivamente la ley al ampliar el contenido del mencionado deber de información para darle un alcance que únicamente adquirió con la expedición de leyes posteriores. Adicionalmente, para el fondo es importante recalcar el principio de la voluntad privada que rige en estos casos frente a cada una de las decisiones tomadas por el demandante y deben tenerse en cuenta sus condiciones personales y profesionales, las cuales le permitían discernir frente a la decisión tan importante que estaba tomando al momento en que decidió vincularse, al Fondo de Ahorro individual con solidaridad, en el presente caso no fue PORVENIR la que realizó el traslado primigenio.

Respecto de la condena por devolución de gastos de administración, adujo que ese porcentaje se tasa como retribución al servicio de la AFP, por lo tanto, no hacen parte del porcentaje de cotización de los afiliados. Entonces, la orden de traslado constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, de cara a los aportes del actor, y porque no ha realizado gestión alguna. A diferencia de Porvenir S.A., que mientras estuvo afiliado el demandante sí ha administrado y ha dado resultado con unos rendimientos.

La apoderada de **PROTECCION S.A.**, interpuso recurso de apelación e indicó que los gastos de administración se encuentran consagrados, en el artículo 20 modificado por el artículo 7 de la ley 797 de 2003, en el cual se establece que un 3% se estima para financiar los gastos de administración, la prima de reaseguro de FOGAFIN y la prima de seguros de invalidez y sobrevivientes, que en ese sentido no cabría la imposición de condena por gastos de administración siendo que los mismos se descontaron en su momento con el propósito de financiar el sistema de pensiones en el RAIS, más cuando son necesarios para el manejo de la cuenta de ahorro individual de cada afiliado,

permitiendo la reinversión de los mismos, de manera que también los afiliados vean los resultados de dicha inversión a través de los rendimientos generados en su cuenta. Tampoco es procedente que se ordene esta devolución, puesto que se trata de comisiones ya causadas de la cuenta de ahorro individual y aplicar en el mismo sentido la teoría de la nulidad del derecho privado implicaría que deben retrotraerse los efectos y Protección debe devolver los gastos de administración una vez el afiliado devuelva los rendimientos generados en su cuenta fundamentado en el artículo 1746 C.C., referente a las restituciones mutuas, intereses y abono de mejoras así como no hacen parte del haber pensional y están sujetas al fenómeno prescriptivo de la ley.

Ahora bien, referente a los seguros previsionales o sumas adicionales consagradas en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, artículo 108 de la precitada ley, Decreto 876 y 1169 de 1994 y capítulo 2 numeral 3.2. de la circular externa básica jurídica 007 de 1996 debe precisarse que primero no es procedente que se ordene estas sumas adicionales, o seguros previsionales toda vez que dicho porcentaje fue descontado conforme la ley y fue girado directamente a la aseguradora prestante del servicio, quien es un tercero de buena fe así mismo bajo la teoría de los seguros no se cumplió ningún siniestro puesto que al demandante no tiene situación de invalidez y obviamente no ha fallecido.

Respecto de las costas, la sentencia de primera instancia es de aplicación jurisprudencial por lo tanto solicita se revoque.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia del seis (6) de septiembre 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 Administradora Colombiana de Pensiones **-COLPENSIONES-** recorrió del traslado para alegar, e indicó que son inmodificables los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, ampliándolos advirtiendo que la Ley 797 de 2003, permite que las personas en el régimen de prima media se

trasladen, pero restringe en el artículo 2º, la movilidad a quienes les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión, circunstancia que al demandante le impide retornar al RPM.

Señaló que el traslado al RAIS mantiene incólume la presunción de validez y surte plenos efectos en el mundo jurídico, por no haber sido desvirtuado por el demandante, por no contener vicio alguno que conduzca a su anulación.

La apoderada de **AFP SKANDIA S.A.** señaló que cumplió con el deber de información que le era exigido para la fecha de afiliación y/o traslado de régimen pensional, actuando de buena fe, y en plena observancia de lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, información que brindó al demandante de manera verbal, por cuanto para la fecha en que ocurrió el traslado no existía norma que le obligara a realizarlo de manera documentada.

Que la ineficacia de traslado de régimen trae como consecuencia jurídica la restitución de las costas como si nunca se hubiera materializado el acto, lo que en los términos del artículo 1747 del CC, implica que el demandante asuma el valor que fue pagado por concepto de gastos de administración y en contraprestación recibe como mejoras los rendimientos financieros producidos por la gestión de la AFP. Lo mismo sucede con las sumas adicionales de las que se ordena la devolución, sin tener en cuenta que estas se generan cuando ha existido algún siniestro de invalidez y/o muerte, sin configurarse situación alguna en este caso.

**La AFP PORVENIR S.A.**, a través de su apoderado en sus alegatos, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, advirtió que dentro del proceso no hubo vicio alguno y menos las causales previstas en el artículo 1714 del CC, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz con la AFP. Que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que cualquier persona natural y jurídica que atente contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio del Trabajo, y que si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que no se refiere la norma a lo dispuesto en el artículo 1740 del C.C., por el principio básico de derecho que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas, para resolver un asunto en concreto. Que el artículo 899

del Cco, también enseñan que el acto o negocio jurídico contrario a una norma, que tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto. Presupuestos normativos que no fueron alegados ni demostrados en el proceso.

Señaló que los artículos 243, 244 del CGP, el parágrafo del artículo 54 del CPT, contienen la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del CGP, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar absolver a la demandada.

La apoderada de **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, llamada en garantía solicitó que se declare improcedente, en razón a que no se cumple con la finalidad de la figura contemplada en el artículo 64 del CGP, dado que no se pretende hacer efectivo el seguro previsional. Que la solicitud de llamamiento efectuado por Skandia no cuentan con respaldo jurídico ni probatorio, por lo que deberá ser desestimado en esta instancia, pues se reitera, la misma ley definió las consecuencias de atentar contra el deber de información en la elección de régimen pensional, conforme lo indica el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

### CONSIDERACIONES:

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación 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?*

Dentro del plenario quedó acreditado que el demandante **nació el 10 de febrero de 1962** (fl. 1cuaderno anexos de la demanda PDF), estuvo afiliado en el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 9 de mayo de 1986 (fl. 74 contestaciónSkandia PDF), hasta el 24 de noviembre de 1996, según se extrae de la historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales aportada por la AFP

SKANDIA. Se trasladó al RAIS el 29 de octubre de 1996, a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN con efectividad a partir de noviembre de 1996 (fl. 29 contestación AFP Protección), e hizo afiliación en el mismo régimen a PORVENIR S.A. el 9 de febrero de 2003 y SKANDIA el 1 de septiembre de 2013, así aflora de la consulta al SIAF aportado por Skandia en su contestación.

Asofondos

LEONOR ESCOBAR GONZALEZ | DIANA MELINA VARGAS HERNANDEZ | 17 de Marzo de 2021 | 17:55:00 | Buscar en SIAF SIAF

Accede a la página de eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vida Integral e Historial de Afiliados, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido por pro

Reservados | Cerrar | Abrir | Pagar | Adm. de Datos de Terceros | Estadísticas | Perfil de Usuario | Actualización de la Información | Datos

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta: 4:45:07 PM  
Afiliado: CC 18881623 JUAN CARLOS MOSQUERA ARBOLEDA **VER DATOS**

4 Registros encontrados, visualizando todos registros.

| Fecha de inscripción | Fecha de afiliación | Fecha de ingreso | AFP anterior | AFP actual   | AFP originaria de inscripción | Fecha de inscripción | Fecha de afiliación |
|----------------------|---------------------|------------------|--------------|--------------|-------------------------------|----------------------|---------------------|
| Traslado régimen     | 1996-10-29          | 2004-04-01       | ING          | COLPENSIONES |                               | 1996-12-01           | 2003-03-31          |
| Traslado de AFP      | 2003-02-09          | 2004-04-01       | PORVENIR ING |              |                               | 2003-04-01           | 2013-10-31          |
| Traslado de AFP      | 2013-09-01          | 2013-10-31       | SKANDIA      | PORVENIR     |                               | 2013-11-01           |                     |

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

2 Registros encontrados, visualizando todos registros.

| Fecha de afiliación | Fecha de ingreso | Código de afiliación | Denominación        | AFP      | AFP anterior |
|---------------------|------------------|----------------------|---------------------|----------|--------------|
| 1996-10-29          | 1996-11-30       | 01                   | AFILIACIÓN          | ING      | AFP DAVIVIR  |
| 2003-02-09          | 2003-03-07       | 79                   | TRASLADO AUTOMÁTICO | PORVENIR | ING          |

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

Imprimir Registrar

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante prestó servicios como **trabajador del sector privado** previo a su traslado al régimen 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, al considerar que las AFP PROTECCION, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., lo defraudaron y engañaron pues las promesas ofrecidas en el momento de su vinculación y sucesivos traslados se tornaban ahora mentirosas, especialmente en lo que se refiere a su pensión de acuerdo a los rendimientos de su capital y a su bono pensional en el RAIS. Indicó que no medió una asesoría pensional suficiente, en la que se le explicara y documentara sobre

las condiciones pensionales a las que se sometería en el régimen de ahorro individual, lo que le permitiera entender las características y diferencias de ambos regímenes pensionales.

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-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)<sup>1</sup>, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de

---

<sup>1</sup> “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”.

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 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, modificadorio 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, la PROTECCIÓN S.A., PORVENIR 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, pues ninguna prueba de ello aportaron las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., al contestar la demanda y sólo escudaron su deber de información en la impronta genérica contenida en aquel formulario de traslado.

El demandante desconoció la incidencia de su afiliación a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., frente a sus derechos prestacionales, 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.

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.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo (para precisar las AFP'S involucradas) y tercero (para incluir a todas las AFP's del RAIS), habrá de declararse ineficaz el traslado - en sentido estricto o de pleno derecho- que desde el **29 de octubre de 1996, realizó Juan Carlos Mosquera Arboleda**, del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., así como también, el subsecuente cambio a PORVENIR y SKANDIA, y en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros<sup>2</sup>, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las

---

<sup>2</sup> 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...”*

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. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.<sup>3</sup>). Condenas que deberán asumir las AFP's demandadas durante el tiempo de permanencia en cada una de ellas, por los respectivos períodos 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.

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 deben subsanar **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR 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

---

<sup>3</sup> 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 (...).’’

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).

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).

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 Corporación<sup>4</sup>, 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*

---

<sup>4</sup> 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.

*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.”*

Costas de segunda instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A. ante la no prosperidad del recurso de apelación, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, a cargo de cada una de las demandadas.

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 resolutivos SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de:

**I. DECLARAR** la INEFICACIA del traslado que **JUAN CARLOS MOSQUERA ARBOLEDA**, realizó desde el Régimen de Prima Media administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual, administrado por las **AFPs PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.**

**II. ORDENAR** a las AFP's **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR 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 del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.

**III. 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 **JUAN CARLOS MOSQUERA ARBOLEDA**.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de cada una de las demandadas, apelantes infructuosas, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000, a cargo de cada una de las condenadas PROTECCIÓN, PORVENIR S.A., COLPENSIONES. 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.

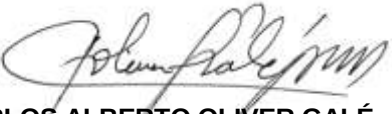
**NOTIFIQUESE,**

**-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**  
**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:

**8743ca0ba0dbbf64159c75d20ba56e1ec6378fd68a82cbb5dca78be50541b5a0**

Documento generado en 29/09/2021 09:32:03 PM

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