

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **MARTHA RUTH ECHEVERRY CUELLAR**
VS. **PORVENIR, SKANDIA Y COLPENSIONES**
LLAMADA EN GARANTIA: **MAPFRE SEGURO DE VIDA**
RADICACIÓN: **760013105 012 2020 00487 01**

Hoy diecisiete (17) 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 la **APELACION** de las demandadas y consulta a favor de **COLPENSIONES** frente a la sentencia **163 de 21 de mayo de 2021**, proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARTHA RUTH ECHEVERRY CUELLAR** contra **SKANDIA, PORVENIR, COLPENSIONES y MAPFRE**, esta última en calidad de llamada en garantía, con radicación No. **760013105 012 2020 00487 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 2 de julio de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.46**, 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 la **apelación y consulta** que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 352

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad del traslado o ineficacia de afiliación** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como restituir a Colpensiones todos los valores y la información de la vida laboral que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones junto a todos los frutos, rendimientos e intereses de su cuenta de ahorro individual.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante, a través de su apoderada judicial, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales, con cotizaciones desde 3 de julio de 1990 al 31 de marzo de 1998, un total de 115 semanas, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por OLD MUTUAL el 1 de abril de 2009, y posteriormente a PORVENIR S.A., creyendo que constituía su mejor opción pensional, de acuerdo a los atractivos ofrecidos por los asesores comerciales de dicha entidad. Solicitó el día 10 de febrero de 2020, a Colpensiones con radicado 2020_181617 mediante derecho de petición la nulidad del traslado, entidad que hasta la fecha de presentación de la demanda ha guardado silencio.

Las demandadas **AFP's PORVENIR S.A. y SKANDIA**, 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.

La AFP SKANDIA solicitó se llamara en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., surtidas las etapas de notificación y traslado, dio respuesta a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, fijó su defensa en que el contrato de seguro se encuentra previsto en el artículo 1088 del Código de Comercio, por lo que Mapfre únicamente responderá según los términos pactados en el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, y que ampara los riesgos de muerte por riesgo común (suma adicional para la pensión de invalidez), incapacidad temporal y

auxilio funerario, y que el derecho en litigio surge del reconocimiento y pago de una pensión de vejez, quedando totalmente sin posibilidad de afectación de la citada póliza.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali profirió sentencia 163 del 21 de mayo de 2021, motivo su decisión en primer lugar en que se evidencia que en el SIAF aparece como fecha de la primera afiliación de la demandante al régimen de pensiones, la realizada a la AFP PORVENIR en el año 1990, sin embargo tal información es errada porque, la primera afiliación fue al ISS en ese mismo año y su traslado a PORVENIR en el RPM, ocurrió en el año 1996, por lo que es incuestionable que lo reclamado por la actora es una ineficacia de traslado y no de una ineficacia de afiliación.

Señaló que, aunque el artículo 11 del decreto 692 de 1994 la simple suscripción del formulario de afiliación ya se entiende que el usuario acepta las condiciones propias del régimen que se consagran, ese mismo articulado enseña que la selección debe realizarse de manera libre y voluntaria por parte del afiliado. De ahí la importancia de atender el deber de información, máxime ante regímenes pensionales diferentes. Ello sin importar si una persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si es o no poseedora de la expectativa legítima de pensionarse dentro del régimen de prima media con prestación definida.

Adujo que la demandante en la diligencia de interrogatorio de parte fue clara en indicar que en el RAIS contaba con unos rendimientos y que estos aumentaban el capital con el que contaba, pero no conocía las circunstancias adversas, los factores y los requisitos que tenían que consolidarse para poder alcanzar una prestación económica.

Ni la AFP Porvenir S.A. y menos la AFP Skandia S.A., demostraron que al momento de la afiliación la accionante haya conocido el panorama completo, las circunstancias, los requisitos para acceder a su pensión, cómo se realiza el cálculo de la mesada, es así como faltaron al deber de información,

obligación plasmada en el artículo 72 del Decreto 663 literal f, que en su texto original exigía a los fondos entregar información razonable.

Respecto de la aseguradora no habría cobertura de la póliza, y en lo que tiene que ver con una posible responsabilidad que podía tener Mapfre respecto de los dineros percibidos por concepto de prima, consideró el Despacho que la Aseguradora MAPFRE es un tercero de buena fe, que estuvo presente en la administración de los dineros de la demandante depositados a Skandia, pero no tuvo ninguna incidencia en cómo asesoraron o no a la demandante o si hubo equívocos al momento de la afiliación. En ese orden de ideas habiendo prestado el servicio del aseguramiento dentro del marco legal, con el cual estaba desarrollando una actividad, no existe razón alguna para que por la relación comercial entre Mapfre y Skandia, deban reintegrarse los dineros que le fueron pagados por prima de seguro, por haber cumplido su tarea dentro del marco legal. Decisión de primera instancia que fue del siguiente tenor:

SENTENCIA DE ORALIDAD EN PRIMERA INSTANCIA No. 163

Suficientes son las anteriores consideraciones para que el juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, Administrando Justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por **AUTORIDAD DE LA LEY**.

RESUELVA

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

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora **MARTHA RUTH ECHEVERRY CUELLAR** y de todas las afiliaciones que ésta 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 PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **MARTHA RUTH ECHEVERRY CUELLAR** 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 a la demandante, si fuere el caso.

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA 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 de la 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 PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, a favor de la accionante. Tásense por secretaría 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: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN a favor de la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**
LA PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS

APELACIONES

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** señaló que con la decisión de primera instancia se está afectando financiera y económicamente a la administradora, decisión que fue tomada por el Juzgado con base en la falta al deber de información de las AFP, exigencia que para época del traslado no existía. Señaló que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, surgió claramente solo a partir del 2017. Por último solicita sea revocada la condena en costas, toda vez que las circunstancias en que se dio el traslado de régimen fueron ajenos a la entidad.

Por su parte **PORVENIR S.A.**, a través de su apoderada recurrió la sentencia de primera instancia, para en su lugar se imponga por este Tribunal absolución total, como quiera que cumplió con el deber de información tal y como fue previsto para el momento de la afiliación de la actora, sus asesores brindaron una información completa, lo que le permitió a la demandante en su derecho de libre escogencia de régimen libre y voluntariamente afiliarse al mismo, de igual manera debe tenerse en cuenta que en el interrogatorio de parte se demostró que la demandante conocía algunas de las características fundamentales del RAIS. Que el deber de información es de doble vía, no se debe eximir al afiliado de mantenerse informado en el tiempo que haya estado afiliado al RAIS, sobre las ventajas y desventajas del régimen pensional.

No procede la devolución de los rendimientos. Tampoco la devolución de los gastos de administración, por lo que deben aplicarse los artículos 1646 y 1647 del C.C., que tratan de las restituciones mutuas, porque Porvenir no está obligada a devolver un bien y al mismo tiempo ordenarse devolver las sumas que invirtió para mantenerlo y para incrementarlo. Estos gastos tienen una finalidad consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que obedecen a una correcta contraprestación de la correcta administración de los recursos que se encuentra en la cuenta de ahorro individual de la demandante, utilizadas para el fin que se encontraban previstas. Nunca tuvieron estos gastos la finalidad de contraprestación y en este evento no pertenecieron al patrimonio de la demandante.

Tampoco se deben regresar las primas por concepto de contratos de seguros, la ley ordenaba descontar esos seguros previsionales, por lo que esas sumas descontadas tuvieron una finalidad y no se encuentran en el patrimonio de Porvenir.

La **AFP SKANDIA** esgrimió que los valores ordenados regresar en la decisión de primera instancia no son del afiliado porque en ambos regímenes la ley prevé dicho porcentaje a favor de la AFP, al ordenar que se devuelvan por sentencia judicial estos porcentajes causaría un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido a favor de Colpensiones. Conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, la comisión de la administración no hace parte de los recursos pensionales, dirigidos a financiar las prestaciones económicas que se puedan causar en cumplimiento de los requisitos legales, sino a retribuir la gestión de las administradoras para cuidar, incrementar e invertir en acciones, actuando acorde a la ley.

Respecto de las primas de seguro previsional indicó que esos dineros ya salieron del patrimonio de la AFP, por lo tanto esta debe ser una excepción a la regla de devolución, porque no se puede retrotraer el contrato de seguro, como tampoco afectar la vigencia de la póliza, cuando se gozó de la cobertura del riesgo de muerte y sobreviviente, de tal manera que se afecta la confianza legítima y la buena fe de la AFP, al devolver las sumas que ya tienen un titular definido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 27 de julio 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 AFP SKANDIA S.A., presentó sus alegaciones, ratificándose en la contestación de la demanda, alegatos y recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, y señaló que respecto de las condenas allí impuestas, tienen fundamento en una supuesta ausencia al deber de información, sin embargo, siempre actuó de buena fe y el demandante se afilió de manera libre y ajustada a los requisitos establecidos

en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Que la información brindada al actor fue verbal y personalizada por parte de la AFP Skandia S.A., y se originó como consecuencia de un traslado de administradora de fondos de pensionales dentro del mismo régimen pensional en cumplimiento de todos los parámetros legales establecidos para la validez del acto de afiliación sin que en ningún momento se exigiera documentar la información brindada.

Que la condena de primera instancia, trae como consecuencia jurídica la restitución de las cosas como si nunca se hubiera materializado el acto de traslado, es decir si las partes deber ser restituidas al mismo estado en el que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, pero en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1747 que establece que será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, la parte demandante debe asumir el valor pagado por concepto de gastos de administración y en contraprestación recibe como mejoras los rendimientos financieros producidos en virtud de la gestión.

Señaló que lo mismo sucede con las sumas adicionales pagadas de la aseguradora, porque estas se generan cuando ocurre un siniestro de invalidez, y/o muerte y en este evento nunca se configuró tal situación.

La Administradora de Pensiones COLPENSIONES, expuso sus alegatos para ello señaló que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por decisión propia prueba de ello es el formulario de afiliación que firmó, sin existir inconformidad en la administración de las cotizaciones en el fondo privado. Que sólo hasta el 2015, la jurisprudencia estableció que las administradoras debían suministrar una información completa pero en la época en que se efectuaron los traslados dicha exigencia no existía.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., señaló en el sus alegaciones a esta instancia, que no vulneró ningún derecho en cabeza de la demandante por no suministrar información, porque para la época que medio la afiliación de la actora no existía disposición alguna respecto de la información que debían asumir las AFP a los afiliados. Que si brindó información suficiente a la afiliada para que su decisión de traslado

fuera totalmente informada pero, no existe registro documental, como quiera que para esa época no se encontraba prevista esa exigencia.

Que el acto de traslado plasma la voluntad del afiliado, como en el caso de la actora en el que se trasladó por primera vez y se afilió a la AFP PORVENIR S.A., en el año 1996 y posteriormente realizó su traslado horizontal en el año 2009 a SKANDIA S.A., para finalmente regresar a PORVENIR S.A., ratificando su libre elección y ratifica su voluntad de querer permanecer en el RAIS. Indico que la demandante igualmente tenía el deber de informarse de manera libre y oportuna acerca del Sistema General de Pensiones, porque es la afiliada quien conoce la situación particular y concreta de sus expectativas laborales, que permiten acceder a un mejor derecho pensional.

Ratificó su oposición a la devolución de los gastos de Administración, al igual que sustento su tesis ya expuesta en la contestación de la demanda sobre la prescripción de la acción de ineficacia de traslado.

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 **nació el 15 de septiembre de 1966** (fl. 1 cuaderno anexos de la demanda PDF), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 13 de julio de 1990 (fl. 17 cuaderno anexos PDF), hasta el 31 de marzo de 1996, según se extrae del resumen de semanas cotizadas por empleador al RPM. Se afilió a la 22 de marzo de 1996 en el Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR y posteriormente a SKANDIA el 1 de abril de 2009.

Asofondos

USUARIO: PVAROMEROL ANA MARIA ROMERO LAGOS

8 de Marzo de 2021

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 10:52:39 AM
Afiliado: CC 51828615 MARTHA RUTH ECHEVERRY CUELLAR [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 51828615

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de ingreso	AFP destino	AFP origen	AFP originantes de inscripción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1996-03-22	2004/04/16	PORVENIR			1996-03-22	2009-03-31
Traslado de AFP	2009-02-25	2009/03/19	SKANDIA	PORVENIR		2009-04-01	2009-10-31
Traslado de AFP	2009-09-01	2009/10/21	PORVENIR	SKANDIA		2009-11-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la 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 la demandante se declare nula, al considerar que las AFP's, la 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 que 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 de la demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda 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 Ortíz), **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).

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”.*

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargos 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 numeral 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 AFP al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministrara 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 obra en el plenario, ni siquiera de aquel formulario suscrito en donde la demandada PORVENIR al contestar la demanda, escuda su deber de información en la impronta genérica contenida en aquel formulario y que anuncia la escogencia del Régimen de Ahorro Individual en forma libre, prueba que se reitera, brilla por su ausencia y de la que no se logra información.

La demandante desconoció la incidencia de su afiliación a PORVENIR S.A. y posteriormente a SKANDIA 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, habrá de CONFIRMARSE la apelada sentencia, por la cual se declaró ineficaz el traslado -en sentido estricto o de pleno derecho- que el 22 de marzo de 1996 realizó MARTHA RUTH ECHEVERRY CUELLAR, del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual a través de las AFP's PORVENIR S.A., así como también, el subsecuente cambio a 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 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 Garantía de Pensión Mínima. Es decir, es la vuelta al

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..."*

statu quo ante (artículo 1746 C.C.³). Condenas que deberán asumir las AFP's demandadas durante el tiempo de permanencia en cada una de ellas.

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, la que deben subsanar **PORVENIR S.A. y SKANDIA.** 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. Se confirma dicho aspecto de la decisión de primera instancia.

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).

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 (...).”

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.”

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

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: CONFIRMAR la apelada sentencia No. **163 de 31 de mayo de 2021.**

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.

SEGUNDO: COSTAS de segunda instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A y SKANDIA.**, a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1`000.000, por cuenta de cada Administradora.

TERCERO: 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
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:

c469e91f124badeccb4bd7000dc4a487df54860fddaaa28f2e3c94a4deb9b6d4

Documento generado en 16/09/2021 09:44:01 PM

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