



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 034

Audiencia número: 424

En Santiago de Cali, a los veintisiete (27) días del mes de octubre dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, ALVARO MUÑOZ AFANADOR y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificadorio del artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 091 del 11 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso Ordinario promovido por JOAQUIN ENRIQUE DONOSO LOMBANA contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCION S.A. y llamado en garantía: MAPFRE COLOMBIA VIDA S.A.

AUTO NUMERO: 1058

RECONOCER personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, con tarjeta profesional número 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de CESAR AUGUSTO VIVEROS MOLINA, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.116.263.969, abogado con tarjeta profesional número 354.370 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado a esta Sala de manera virtual.

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que a continuación se emite.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
JOAQUIN ENRIQUE DONOSO LOMBANA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2022-00250-01

ALEGATOS DE CONCLUSION

Expone el apoderado de la parte actora al presentar alegatos de conclusión que no se logró demostrar de manera eficiente e inequívoca que al momento del acto jurídico del traslado de régimen pensional se le hubiese brindado al actor una verdadera asesoría la que tiene incidencia en el futuro pensional, por lo tanto, esa omisión causa un perjuicio grave y con ello la atención a las pretensiones de la demanda.

Considera el apoderado de Colpensiones al presentar alegatos de conclusión ante esta instancia, que se debe partir del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, donde la selección de cualquier régimen pensional es del afiliado, que lo hace de manera libre y voluntaria y de otro lado, la Corte Constitucional ha destacado que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales y bajo esos argumentos solicita sea revocada la providencia de primera instancia.

La apoderada de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. expresa que la controversia ha girado en torno a establecer si hay lugar o no a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, donde la llamada al proceso tiene un contrato de seguro, donde la obligación de esa entidad consiste en desembolsar las unas de dinero necesarias para financiar la pensión cuando se acredite el cumplimiento de los requisitos legales. Resultando así improcedente las pretensiones del llamamiento en garantía.

Porvenir S.A. a través de su apoderada expresa que esa entidad siempre ha actuado con honestidad y transparencia en el proceso de afiliación del actor y durante el tiempo que administró el capital, le ha brindado una asesoría completa, veraz y suficiente. Por lo que considera que no debe ser condena en los términos solicitado, porque se le brindó la información de acuerdo con la norma que imperaba para la data de la afiliación, sin que pueda imponerse los cambios normativos de manera retroactiva.



Considera el apoderado de SKANDIA S.A. que el fallo de primera instancia debe ser revocado porque el actor se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual de manera libre, voluntaria y consciente, tal como quedó expuesto en el formulario de vinculación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a la ley y que al momento de hacerse ese traslado la asesoría que se brindaba era verbal y no existía la obligación de dejar documentada esa información que se suministraba. Que el actor también tenía la obligación de informarse por otros medios porque contaba con las condiciones y capacidades suficientes de conocer las implicaciones de esa decisión. Que, al declararse la ineficacia del traslado, resulta incompatible a su vez ordenar la devolución de los rendimientos, porque la consecuencia es que el acto nunca se realizó y por lo tanto no produjo efectos y por lo mismo, resulta improcedente la devolución de los gastos de administración.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0369

Pretende el demandante se declare que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías al trasladarlo del Instituto de Seguros Sociales incumplió con su deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se decrete la ineficacia del traslado de régimen pensional a Colfondos S.A y sus posteriores vinculaciones con Porvenir S.A., Protección S.A., Skandia S.A., ordenándose a esta última entidad a trasladar al demandante al régimen de prima media con prestación definida, junto con los aportes, rendimientos, semanas cotizadas, como si nunca se hubiese surtido el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que Colpensiones acepte el traslado del demandante.

Como sustento de esas peticiones anuncia que nació el 08 de agosto de 192. Que se inicia el pago de aportes a la seguridad social con el Instituto de Seguros Sociales, el 09 de junio de 1988. Que para el mes de enero se traslada al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A. En marzo de 199, se vincula con Porvenir S.A, en febrero de 2001 regresa a Colfondos S.A. En octubre de esa anualidad se pasa a Protección S.A., en mayo de 2000, se vincula con Porvenir S.A. y en el año 2004 suscribe formulario de afiliación con Skandia S.A.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
JOAQUIN ENRIQUE DONOSO LOMBANA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2022-00250-01

Que ni durante el trámite de traslado de régimen pensional ni el cambio de administradoras del régimen de ahorro individual, recibió por parte de las entidades llamadas al proceso la correspondiente asesoría ni la información de la posibilidad de regresar al régimen de prima media,

Que ha solicitado el retorno al régimen de prima media, obteniendo de Colpensiones respuesta negativa.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

El apoderado de Colpensiones se opone a las pretensiones, porque la selección de uno cualquiera de los regímenes existentes, estos es RAIS o RPM, es única y exclusiva del afiliado de manera libre y voluntaria y no obra en el plenario prueba alguna que soporte que la voluntad del demandante al momento de efectuar la afiliación al RAIS estuviera viciada, por el contrario, obra manifestación expresa de su afiliación a ese régimen a través del formulario de vinculación, diligenciado de conformidad con la ley. Plantea las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción.

Colfondos S.A. a través de apoderada judicial expresa que se opone a las súplicas de la demanda, porque esa entidad si le brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones que traía la decisión de cambiarse de régimen pensional, le recordó sobre las características, funcionamiento, diferencias, definiendo ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Por lo tanto, el cambio de régimen fue informado. Formulando en su defensa las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación exclusiva a cargo de un tercero y la innominada o genérica.

Considera la apoderada de Skandia S.A. La sociedad SKANDIA S.A. igualmente da respuesta a la demanda, oponiéndose a las pretensiones porque no se acompaña con el escrito demandatorio prueba alguna que soporte la nulidad o ineficacia alegada, por lo tanto, la



afiliación de la demandante al RAIS es válida. Además, que esa entidad siempre le ha brindado información suficiente y necesaria a la actora, tanto para que resolviera vincularse al RAIS como para que decidiera retornar al régimen de prima media. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. Solicita se llame en garantía a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. porque para el año 2010 suscribió con esa compañía contratos de seguro previsional para cubrir, principalmente, los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su fondo obligatorio de pensiones. Contratos que fueron prorrogados hasta el 31 de diciembre de 2018.

La apoderada de Protección S.A. al dar respuesta al libelo demandatorio, expresa su oposición a las pretensiones porque la afiliación o vinculación que hizo el actor fue con el lleno de los requisitos legales, habiéndose realizado de manera libre, espontánea y sin presiones y dentro de la oportunidad legal no hizo uso de la facultad del retracto. Además, que el Decreto 692 de 1994 señalaba que la constancia de la voluntad de afiliación era el formulario con la correspondiente leyenda pre-impresa, exigencia que continuo expuesta en la circular 019 de 1998 y a partir del Decreto 2555 de 2010 y Ley 1748 de 2014 se ha establecido unos criterios para la asesoría que deben dar las administradoras de fondos de pensiones, como la obligación de realizar proyecciones financieras cuando así se solicite y la Circular 016 de 2016 regula la reasesoría frente a los afiliados que están llegando a la edad límite decenal de retorno. Formula las excepciones de fondo denominadas: validez de la afiliación del actor a Protección S.A., ratificación de la afiliación al RAIS, y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, buena fe y la innominada o genérica.

Por último, el apoderado de Porvenir S.A. igualmente expone su oposición a las pretensiones en la medida que el demandante no acredita prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia y/o nulidad de la afiliación, por lo tanto, está válidamente afiliado al régimen de ahorro individual. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción,



prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., a través de apoderada judicial se opone a las pretensiones porque la parte actora no logra demostrar vicios del consentimiento cuando se afilia al RAIS, máxime que hizo varios traslados horizontales, situación que no puede interpretarse como desconocimiento o abuso al ocultar información por parte de los distintos fondos en la ejecución de los traslados. Además, que las pretensiones no están dirigidas contra la llamada en garantía, afirmando que el traslado de régimen pensional se materializó con el lleno de los requisitos legales, estos de manera libre y voluntaria por parte de la actora. Que durante la vigencia del contrato de seguro y sus renovaciones, esa entidad asumió el riesgo de pagar las sumas adicionales que se requerían para pagar las mesadas pensionales como consecuencia de la muerte, invalidez, incapacidad temporal y auxilios funerarios de los afiliados al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA. Plantea las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de los vicios que nuliten o sustenten una declaratoria de ineficacia, falta de legitimación en la causa por activa para formular el llamamiento en garantía, inexistencia de cobertura y la genérica entre otras.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual el operador judicial decide:

1. Declarar la ineficacia del traslado que hizo el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones,
2. Ordenar a Skandia S.A. que dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esa providencia, devuelva a Colpensiones los saldos, rendimientos, bonos pensionales depositados en la cuenta de ahorro individual, las comisiones y gastos de administración cobrados al demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y la garantía de pensión mínima, que le



corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos, valores que deben cancelar debidamente indexados.

3. Ordenar a las administradoras de fondo de pensiones Porvenir S.A, Colfondos S.A y Protección S.A. para que dentro de los treinta días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade a Colpensiones, con cargo a sus propios recursos e indexados, los dineros que cobró por cuotas de administración, los valores utilizados para el pago de primas de los servicios previsionales y lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, causados mientras el actor estuvo afiliado a esas administradoras de pensiones.

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

4. Ordenar a Colpensiones que reciba las sumas provenientes de las administradoras de fondo de pensiones: Protección S.A, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A. para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como administradora del régimen de prima media debe asumir en favor del demandante cuando haya lugar a ello.
5. Absolver a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en calidad de llamado en garantía de las pretensiones incoadas en su contra por Skandia S.A.
6. Condena en costas a Skandia S.A y en favor de la llamada en garantía.

Para arribar a las anteriores conclusiones, el A quo se apoya en varios precedentes jurisprudenciales sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, encontrando que las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso no cumplieron con su deber de haber asesorado de manera integral al actor sobre las características e implicaciones que conllevaban el traslado de régimen pensional.



RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia las apoderadas de Porvenir S.A. y Skandia S.A., donde la primera de las enunciadas expresa que esa entidad si le brindó una información clara al actor de acuerdo con las exigencias legales de la data en que el actor se vincula, que lo único que era deber de conservar el formulario de afiliación. Que ese deber de información era de doble vía, porque el actor bien pudo consultar sobre la afiliación al régimen de ahorro individual. Considerando que se evidencia que el demandante ha estado conforme con el régimen de ahorro individual por la permanencia en éste y los traslados entre administradoras. Que la nulidad esta basa en el valor de la mesada pensional, sin que ello considere una causal de nulidad. Censura la orden de devolver los gastos de administración y demás emolumentos que se orden transferir a Colpensiones, porque éstos fueron necesarios para la administración y nunca le pertenecieron a lo demandante y que están previstos para ambos regímenes pensionales. Que el seguro previsional, ya fueron adquiridos con una aseguradora, conforme con el mandato legal, cumpliendo con su finalidad. Por lo tanto, considera que no se deben atender las peticiones de la demanda, por lo tanto, la sentencia debe ser revocada.

La mandataria de Skandia S.A. fue una entidad ajena al traslado de la actora, sino que recibió la solicitud del actor, donde le brindó toda la información para que el actor tuviera en cuenta las implicaciones de esa decisión. Por lo tanto, no se le puede exigir a la demandada prueba de esa información, porque debe ser el traslado inicial, donde solo bastaba la firma del formulario, documentos que no están siendo desconocidos por el demandante, y no se puede exigir otra situación diferente. El actor hizo una elección libre y voluntaria, donde estuvo en todas las administradoras del régimen de ahorro individual y nunca manifestó su deseo de volver al régimen de prima media. Considera que la orden de transferir los gastos de administración son improcedentes, porque fueron ya utilizados con la finalidad de darle una buena administración, descuentos que se hicieron acatamiento de la ley. Que tampoco hay lugar a la indexación, porque se está ordenando los rendimientos que sería la compensación, sino sería una doble sanción. Las pólizas de seguros ya se agotaron. Concluye solicitando la revocatoria de la providencia impugnada.



GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que esa decisión es adversa a COLPENSIONES, se surte el grado jurisdiccional de consulta por ser la Nación garante de ésta, tal como lo ha precisado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 8131 radicación 47158 de 2017.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponde a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante y de ser afirmativa la respuesta se definirá que rublos se deben transferir al régimen de prima media y en qué condiciones.

Dentro del material probatorio aportado al proceso, se encuentra la historia laboral que lleva Colpensiones, donde se observa que el actor se afilia a esa entidad en junio de 1988 al noviembre de 1993 (pdf 04 fl. 2). Igualmente, se incorporó la historia laboral de Skandia (pdf. 04 fl. 08 a 18)) y copia del formulario que el demandante suscribe con Colfondos S.A. el 15 de diciembre de 1995 (pdf. 05 fl. 19), copia del formulario de vinculación del demandante con Porvenir S.A el 23 de abril de 2002 (pdf. 08 fl. 31), la afiliación con Skandia el 20 de marzo de 2004 (pdf. 04 fl. 20). Además, se aporta la certificación de Asofondos, donde indica que estuvo vinculado con ING (pdf. 08 fl. 42)

Pasa la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta ineficaz. Frente a dicha afirmación el fondo de pensiones demandado expuso en su defensa que sí brindaron asesoría al momento del traslado de régimen pensional y que se trató por lo tanto de una decisión propia del actor.

Es de recordar que nuestro Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con



Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.

El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar “*debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas*”.



Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.

Dicha razón justifica el contenido del artículo 3º del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que *“las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse”* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Así lo recordó nuestro órgano de cierre en la sentencia SL 373, radicación 84475 del 20 de febrero del 2021. Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, retomando los pronunciamientos realizados por esa corporación en sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, puntualizando:



“La obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad siempre ha tenido la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2019, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es “la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”. Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:



“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor¹ o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del promotor de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

“Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió



emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre...”

En el proceso en curso, omitieron las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual acreditar que cumplieron con el deber de haberle brindado al demandante una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional. Lo que conlleva a declarar que la vinculación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz, por consiguiente, se debe entender que el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y no perdió los beneficios pensionales que ofrece este régimen.

Igualmente, resalta la Sala que si bien, la demandante tuvo varias afiliaciones en el RAIS, la nulidad ocasionada al momento del traslado de régimen no convalida con los sucesivos traslados de fondos, estando en el interior del mismo régimen o su permanencia en éste por un periodo considerable.

Con respecto a la orden dada a la administradora de pensiones demandada, a devolver, además, las sumas que corresponde a gastos de administración. La Sala cambia el criterio expuesto en providencias anteriores, por cuanto consideró que éstos eran ordenados por la ley y nos apoyamos en precedentes jurisprudenciales, tales como la C-789 y C 1024 de 2004, además, SU- 062 de 2010, que refieren al requisito de equivalencia del ahorro, atendiendo que no se destina el mismo porcentaje para los gastos de administración como lo prevé el artículo 7 de la Ley 797 de 2003. Pero esta Sala acogiendo las enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, expuestas en la SL 1421 y 4360 de 2019, ésta última que corresponde al fallo de instancia, emitido por esa corporación, donde preciso:



“Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones....”

“Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargos a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (SL 4964 de 2018, 4989 de 2018, 1421 de 2019, 1688 de 2019)

Por consiguiente, atendiendo las enseñanzas de nuestro órgano de cierre, esta Sala cambia el criterio expuesto anteriormente, por cuanto la no devolución de los gastos de administración sólo opera para la acción en que se persigue el traslado y no la nulidad o ineficacia de éste. Como lo ha precisado nuestro órgano de cierre de la jurisdicción laboral en sentencia SL1421-2019, en la que trae a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, adoctrinó:

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.”

Frente a la devolución de aportes, resulta imperioso remitirnos igualmente a la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL2601 de 2021 en la que se reitera el



pronunciamiento expuesto en providencia SL2877-2020, en la que preciso que la devolución de aportes, incluye el reintegro a COLPENSIONES de los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, tal como lo ordenó el operador judicial de instancia. Pero será necesario adicionar la providencia, en el sentido de ordenar que los valores a transferir sean discriminados y se ordenará a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral del actor, pero previo a ello, la administradora de fondo de pensiones del RAIS convocada al proceso, deberá transferir al régimen de prima media los anteriores conceptos, que serán discriminados, indicándose los valores, los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, *manteniéndose el plazo otorgado en primera instancia, que será el mismo* para que Colpensiones actualice y entregue al demandante su historia laboral, término que se contabilizará desde que las administradoras del RAIS llamadas al proceso cumplan con su obligación.

Ante la devolución de los aportes, rendimientos, gastos de administración, así como las sumas adicionales y lo correspondiente al fondo de garantía mínima a COLPENSIONES, conlleva a que no se vulnere el principio de sostenibilidad del sistema, porque con esas sumas se pagará la pensión que oportunamente se causen.

Encuentra la Sala que no ha operado el fenómeno extintivo de las obligaciones, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, cuyo aparte es del siguiente tenor.:

“De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad de traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los supuestos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia a propiciar la posibilidad del



disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.”

Atendiendo el precedente jurisprudencial, donde la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, amén que ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos por la ley, lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y por lo tanto, no opera plazo extintivo alguno.

Tampoco es procedente declarar probada la excepción respecto a las obligaciones impuestas a la administradora del RAIS llamada al proceso, como es la de transferir los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos y demás emolumentos antes citados, porque éstos tendrán incidencia en el valor de la mesada pensional, derecho que es imprescriptible y como se anunció en líneas anteriores, se deben devolver éstos para no afectar el principio de sostenibilidad del sistema.

En cuanto al derecho pensional, éste no fue definido por la operadora judicial de primera instancia, decisión que no fue objeto de censura, razón por la cual se mantendrá y es necesario que llegue al régimen de prima media el capital aportado y demás rublos, con el correspondiente reporte de tiempo cotizado a efectos de establecer si hay lugar o no al derecho pensional, como lo determinó la A quo.

Igualmente, se mantendrá la decisión de ordenarse a Porvenir S.A. a trasladar a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor indexado del bono pensional, porque éste deberá ingresar a las arcas públicas y con él se cubrirá en su momento el valor de la mesada pensional.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes como alegatos de conclusión.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
JOAQUIN ENRIQUE DONOSO LOMBANA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2022-00250-01

Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Skandia S.A y a favor del promotor de este proceso. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de cada una de las entidades citadas.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia número 091 del 11 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, la que quedará así:

- A) Ordenar a SAKANDIA S.A. a transferir a COLPENSIONES, los rublos indicados en la sentencia de primera instancia y deberá discriminar los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Contando con un término de treinta (30) días, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia para dar cumplimiento a esta orden.
- B) Ordenar a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral del actor, una vez recibidos los valores señalados en el numeral anterior y discriminados como se ordenan, contando con el mismo término de treinta (30) para actualizar y entregar al demandante la historia laboral.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 091 del 11 de mayo de 2023 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
JOAQUIN ENRIQUE DONOSO LOMBANA
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-011-2022-00250-01

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A y Skandia S.A y a favor del promotor de este proceso. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cargo de cada una de las entidades citadas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena sea notificado por EDICTO.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado
Rad. 011-2022-00250-01