REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL
VS. COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 760013105 009 2021 00393 01

Hoy treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022), surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y distanciamiento social por mandato de la Resolución 304 del 23 de febrero de 2022, resuelve la **APELACIÓN** presentada por la apoderada de COLPENSIONES, así como la **CONSULTA** en su favor, de la sentencia dictada por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL** contra **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES,** con radicación No. 760013105 009 2021 00393 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 04 de febrero de 2022 celebrada, como consta en el **Acta No. 06** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el parágrafo 3 del artículo 1o del Acuerdo PCSJA22-11930 de 25-02-2022, en ambiente preferente virtual.

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

SENTENCIA NÚMERO 92

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en el proceso objeto de estudio, se orienta a obtener la declaratoria de nulidad de la afiliación o de traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy

COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., así mismo se ordene al traslado de todos los dineros recibidos por la AFP PROTECCIÓN S.A., por haber sido viciado su consentimiento e inducido en el error de que se encontraba en el régimen de mayor conveniencia para su pensión cuando no lo fue así. En este sentido, la demandante solicitó que COLPENSIONES acepte el reingreso y traslado sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle la AFP PROTECCIÓN S.A.

PRETENSIONES

Con base en los hechos narrados, solicito se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

PRINCIPALES:

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la afiliación, efectuada el 10 de mayo de 1994 de la señora Olga Beatriz Toscano Movil del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por el ISS hoy Colpensiones al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colmena hoy La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A representada legalmente por Juan David Correa Solórzano o quien haga sus veces.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad de la afiliación de la señora Olga Beatriz Toscano Movil, efectuada el 10 de mayo de 1994 se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Sistema General de Pensiones realizado al Instituto de los Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por todo el tiempo de su permanencia a éste.

TERCERA: Se condene a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. representada legalmente por Juan David Correa Solórzano o quien haga sus veces, al traslado inmediato a La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generado en favor de la señora Olga Beatriz Toscano Movil y que han sido depositados en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

CUARTA: Se condene a La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al Régimen de Prima Media de la demandante sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A representada legalmente por Juan David Correa Solórzano o quien haga sus veces.

QUINTA: A todo lo demás que extra y ultra petita quede demostrado en el desarrollo del proceso.

SEXTA: Se debe condenar a las costas y agencias en derecho del proceso a las entidades aquí demandadas.

SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Que se declare la ineficacia de la afiliación (o del traslado) efectuada el 10 de mayo de 1994 de la señora Olga Beatriz Toscano Movil del Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrada por el ISS hoy Colpensiones al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Colmena hoy La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A representada legalmente por Juan David Correa Solórzano o quien haga sus veces.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la ineficacia de esta afiliación (o traslado) efectuada el 10 de mayo de 1994 se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Sistema General de Pensiones realizado al Instituto de los Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por todo el tiempo de su permanencia a éste.

TERCERA: Se condene a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. representada legalmente por Juan David Correa Solórzano o quien haga sus veces, al traslado inmediato a La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generado en favor de la señora Olga Beatriz Toscano Movil y que han sido depositados en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A.

CUARTA: Se condene a La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones representada legalmente por Juan Miguel Villa Lora o quien haga sus veces, a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al Régimen de Prima Media de la demandante sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A representada legalmente por Juan David Correa Solórzano o quien haga sus veces.

QUINTA: A todo lo demás que extra y ultra petita quede demostrado en el desarrollo del proceso.

SEXTA: Se debe condenar a las costas y agencias en derecho del proceso a las entidades aquí demandadas.

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

Los hechos del proceso relacionados con la demanda (02Demanda fl. 1-3), y la contestación de COLPENSIONES (15MemorialCertificaciónComiteConciliacionColpensiones fl. 1-8), así como la contestación de PROTECCIÓN S.A. (14MemorialContestacionDemandaProteccionSa fl. 1-86), son conocidos por las partes, principalmente referidos a la ausencia de ilustración frente a la decisión de traslado, motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, se agotó la instancia y se declararon **no** probadas las excepciones propuestas por las demandadas, en consecuencia, se declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y se ordenó que la demandante sea admitida en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Así mismo, le ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes con sus respectivos rendimientos financieros realizados al RAIS, con motivo de la afiliación de la demandante, y ordenó que una vez sean devueltos dichos valores, COLPENSIONES cargue la información a la historia laboral de la demandante.

Por último, condenó en costas a la parte vencida en el proceso. (022ActaAudiencia fl. 4-5) (021Audiencia fl.291-291min 39:18 y ss)

R E S U E L V A

1.- DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.

2.- DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la señora **OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL,** del régimen de prima media con prestación definida, gestionado hoy por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **COLMENA S.A.**, hoy **PROTECCION S.A.**

3.- Como consecuencia de lo anterior, la señora **OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL,** debe ser admitida en el régimen de prima media con prestación definida, gestionado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada,** conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición, una vez **PROTECCION S.A.**, realice el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros.

4.- ORDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, representada legalmente por el doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO, o quien haga sus veces, al cual se encuentra actualmente afiliada la señora **OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL,** que traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación de la accionante con sus respectivos rendimientos financieros.

5.- ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, representada legalmente por el doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, que cargue a la historia laboral de la señora **OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL**, los aportes realizados por ésta, a **PROTECCION S.A.**, una vez le sean devueltos con sus respectivos rendimientos financieros.

6- COSTAS a cargo de la parte vencida en el proceso. Liquídense por la Secretaría del Juzgado. **FIJESE** la suma de **$908.526,** en que este Despacho estima las **AGENCIAS EN DERECHO**, a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES y PROTECCION S.A., y a favor de la accionante.

7.- La presente sentencia, **CONSULTESE** ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de COLPENSIONES, la apeló y argumentó que, la demandante ya cumplió con el requisito de edad para tener derecho a la pensión de vejez, ya que, nació el 21 de febrero de 1963, razón por la cual a la fecha cuenta con 58 años de edad.

Aunado a ello, mencionó que, se tiene que la demandante se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, y el 05 de octubre del año 2006, solicitó el traslado de RPM al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., por lo que, la demandante se encuentra en la prohibición expresa contenida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así las cosas, la demandante debe demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al RAIS, ya que, no se demostró vicio en el consentimiento o asalto en la buena fe en el momento que se trasladó de régimen como lo alega en la demanda.

Indicó que, para el momento de la afiliación era imposible predecir el IBC sobre el cual cotizaría la demandante en los próximos años, al igual que, calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, ya que, los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su historia laboral hasta esa fecha.

Así mismo, indicó que, la afiliación en el RAIS es completamente válida, ya que, por decisión propia la demandante suscribió el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., al igual que, su permanencia en el RAIS por más de quince (15) años sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones. Por lo tanto, la apelante solicitó, que se revoque la sentencia proferida en primera instancia y en su lugar, absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones.

Sin embargo, solicitó que en caso que se confirme o modifique la sentencia proferida en primera instancia, y el *Ad quem* declare la ineficacia del traslado de RPM al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A., se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A., traslade a COLPENSIONES no solo el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino todos los recursos con sus respectivos rendimientos que generó la afiliación al RAIS, conforme lo indica la sentencia SL 782 de 2021, esto es gastos de administración debidamente indexados, primas previsionales para los riesgo de invalidez y muerte, porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima y se especifica la rentabilidad que

generaron los recursos que corresponden al RAIS y no se hará aplicando la rentabilidad del RPM , y así se aclare y determine cuales son esos conceptos que se deben devolver y la forma que lo deben hacer. De lo contrario se vería una condena en abstracto contraviniendo lo dispuesto en el artículo 283 del CGP que dispone la condena en concreto. (011VideoAudiencia fl.285-285 min 1:12:27: y ss)

CONSULTA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del tres (03) de febrero de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

La apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, presentó por escrito sus alegaciones e insistió en todos y cada uno de los puntos de apelación planteados en primera instancia.

La apoderada de la señora **OLGA BEATRIZ TOSCANO MÓVIL,** parte demandante, presentó alegaciones y enfatizó que no se acreditó que se le hubiere informado a su representada, de manera detallada y precisa, al momento de afiliarse al fondo de pensiones demandando, las consecuencias del cambio de régimen y menos aun las desventajas que traerían dicho cambio.

Resaltó que, el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, emana de una responsabilidad de carácter profesional que las obliga a suministrar a la afiliada la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que conlleva dicho traslado de régimen pensional. No obstante, en el caso de la aquí demandante, no hubo suficiente información por lo que incurrió en error, al no ser experta en este tema tan trascendental y creer de buena fe en lo que le ofreció el asesor de la administradora demandada, afectando de manera impactante su futuro pensional.

C O N S I D E R A C I O N E S:

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen de la demandante resulta nulo o ineficaz?, así como las consecuencias que de ello se derivan.

Dentro del plenario quedó acreditado que, la señora OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL nació el 21 de febrero de 1963 (04Anexos fl. 63), a partir del 10 de junio de 1994 estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones (04Anexos fl. 69), hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP´s COLMENA, SANTANDER e ING, hoy, PROTECCIÓN S.A. el 01 de julio de 2005, tal como se registra en la certificación de Asofondos (14MemorialContestaciónDemandaProtecciónSa fl. 40)

Afiliado: CC 51696951 OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL Ver detalle

Vinculaciones para : CC 51696951

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación inicial	1994-06-10	2006/09/12	COLPENSIONES			1994-07-01	2005-06-30
Traslado regimen	2005-05-01	2006/12/01	ING	COLPENSIONES		2005-07-01	2008-10-31
Traslado de AFP	2008-09-24	2008/10/20	PROTECCION	ING		2008-11-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 51696951

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-05-10	1999-09-07	75	CORRECCION DE ID.	COLMENA	
1994-05-10	1999-03-19	01	AFILIACION	COLMENA	
1994-05-10	1996-06-13	01	AFILIACION	COLMENA	
1997-11-25	1997-11-28	66	GANADO POR UPC	PORVENIR	
1998-12-22	1998-12-24	98	PERDIDO POR NOMBRE	PORVENIR	

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la demandante prestó servicios como trabajadora del sector privado previo a su traslado al ahorro individual.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es el nacimiento de la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP PROTECCIÓN S.A., momento en el que dicha entidad no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informaron a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: *"**La selección de uno cualquiera de los regímenes***

previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado*, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley".* Y el artículo 114 ibidem expresa: *"Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera* ***libre, espontánea y sin presiones*** *(…)"*

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: "*impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral",* con la consecuencia que *"**La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (…)".*** (Las subrayas fuera de texto)

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, *"podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen."* Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2º 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 la afiliada 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 surtirse de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217,** 782, y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689**, **1688**, **1421**, **1452**, SL-76284-2019, **SL4989, 4964,** 2372**,** SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)[1], **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza*),* del **9 de septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *"el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación"*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y

---

[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".*

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, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Titulo 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".* De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

- *"Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales".*
- *Un "análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tan complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) *"(…) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (…)"* lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010*"(…) existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional" y que la ineficacia no puede supeditarse a que "el afiliado tuviese una suerte de* derecho consolidado o proximidad a pensionarse" (SL-1452-2019).

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente "*la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)",* situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP´s COLMENA, SANTANDER E ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP´s COLMENA, SANTANDER E ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., no demostraron haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que la AFP PROTECCIÓN S.A., no realizó una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aduce la demandada, por tanto, la demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se agudiza por el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP´s la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- del cambio de régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 01 de julio de 2005,

realizó **OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL** del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP´s COLMENA, SANTANDER E ING, hoy, PROTECCIÓN S.A.

En tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros[2], 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 (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.[3]).

En cuanto, al traslado indexado de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, es menester manifestar que, habiéndose optado por devolución con rendimientos, no es viable la acumulación de la condena por indexación. Además, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 prevé que el RAIS "(…) *está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos*

---

[2] CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada..."*

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

rendimientos financieros", y debía garantizar una rentabilidad mínima. Tal es, la dinámica económica prevalente en el Sistema de Seguridad Social para conservación de los recursos.

Condena que deberán asumir las AFP´s COLMENA, SANTANDER E ING hoy PROTECCIÓN S.A., por los respectivos periodos de afiliación, sentido en el que se adicionará la decisión de primera instancia, por cuanto, el deber de información recaía en cada momento procesal respecto de cada una de ellas, máxime que, en esta cadena de traslados, se visualizan inconsultos, por razón de la cesión o absorción entre Fondos.

Frente a este tipo de situaciones resulta imprescindible señalar que además de exigirse la vinculación procesal expresa de la aquí demandada, en ella recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente, y, por ende, se responsabilizan de la demostración del cumplimiento del deber de información y las consecuencias de no hacerlo dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado "en sentido estricto o de pleno derecho", determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales de la 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 de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberán subsanar las AFP´s COLMENA, SANTANDER E ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los

decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación[4], al afirmar:

"La exigencia resultaba lesiva, en su mayoría, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo los rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante".

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

"No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador."

Ahora respecto de la prescripción, basta rememorar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *"las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (…)"* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *"demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico"* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además,

[4] No. radicación 11001032500020080007000 (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.

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).

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

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

I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **OLGA BEATRIZ TOSCANO MOVIL,** retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.

II. **CONDENAR** a las AFP´S COLMENA, SANTANDER E ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la 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. **CONDENAR** a las AFP´S COLMENA, SANTANDER E ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., dentro del término antes señalado**,** a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales,

y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

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

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de $1’500.000. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

(firma electrónica)
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

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: **07785292af727688e70e7f561e7524cb564af5329ef9cf1e9ab45f3473ce4c67**
Documento generado en 30/03/2022 08:53:21 PM

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