

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE JULIO ERNESTO OSPINA GÓMEZ
VS. PORVENIR S.A., COLPENSIONES
LITIS: PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 760013105 005 2018 00593 02

Hoy, **29 de abril de 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 las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió de **JULIO ERNESTO OSPINA GÓMEZ** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, y la litis consorte necesaria por pasiva ING S.A, hoy **PROTECCIÓN S.A.**, con radicación No. 760013105 005 2018 00593 02, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 21 de enero de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 02**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

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

SENTENCIA NÚMERO 109

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de “anulación por ineficacia de la afiliación y traslado” al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A.; ordenar el traslado y afiliación a

COLPENSIONES como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; ordenar a PORVENIR S.A. la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión; condenar a ésta última, en caso de haberse otorgado previamente la pensión, seguir pagando la misma hasta tanto se dé el traslado de recursos a COLPENSIONES y sea incluido en nómina por esta entidad; condenar en costas a las demandadas y fijar agencias en derecho (01Expediente fl.204-205).

IV. PRETENSIONES

PRIMERA: DECLARAR LA ANULACIÓN POR INEFICACIA de la afiliación y del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión del Fondo de Pensiones **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., del deber de profesional de información.**

SEGUNDA: ORDENAR el TRASLADO y AFILIACION de mi mandante a LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES, al Régimen solidario de prima media con prestación definida establecido en la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la anterior declaratoria de anulación por ineficacia, **como si nunca se hubiera ido de dicho régimen** en virtud del principio de favorabilidad.

TERCERA: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., la devolución a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil (Sentencia SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho(s) Fondo(s) con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil.

CUARTA: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del FONDO DE PENSIONES al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados por el Fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que el demandante no quede desprotegido de su derecho pensional.

QUINTA: CONDENAR a las demandadas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P y por los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTA: CONDENAR a los demandados al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas por la demandada según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P y por los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

SÉPTIMA: Que se declare y se condene a todo lo ultra y extra petita que resulte probado a favor de mi poderdante.

Las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES, así como la litis consorte necesaria por pasiva ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., 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.

Los antecedentes del proceso relacionados con la demanda (01Expediente fl. 200-233), la contestación de COLPENSIONES (01Expediente fl. 247-257), la contestación de PORVENIR S.A. (01Expediente fl. 313-332), así como la contestación de la litis consorte necesaria ING S.A, hoy PROTECCIÓN S.A. (07Cont...Protección fl. 1-66),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 QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia y declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A.; ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A traslade al régimen de prima media administrado por Colpensiones la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado al RPM junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS; condenó en costas y fijó agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (14AudioAudiencia min 1:15:48 y ss).

La *A quo* aclaró la sentencia en su numeral segundo. (14AudioAudiencia min 1:25:15 y ss) para condenar a PORVENIR S.A. en lugar de PROTECCIÓN S.A.

Cabe indicar que no fue allegada el acta de sentencia del proceso por parte del Juzgado, no obstante, se reseñó dicha decisión conforme al audio agregado al expediente electrónico (14AudioAudiencia).

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de COLPENSIONES la apeló y argumentó que, en la sentencia C-1024 de 2004 la Corte Constitucional consideró que la medida prevista en la norma conforme a la cual el afiliado podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión resulta razonable y evita la descapitalización del régimen solidario de prima media. De igual manera, solicita al Tribunal Superior atender lo estipulado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, donde para dicho caso no se demuestra vicio de consentimiento o asalto de la buena fe al momento de la afiliación al RAIS, se debe tener en cuenta entonces que el traslado es un acto libre y voluntario del afiliado y las entidades administradoras no deberán intervenir en dicha decisión. Por lo anterior, el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual por decisión propia, por lo cual solicita al Tribunal Superior la absolución de la entidad *(14AudioAudiencia min 1:19:20 y ss)*

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. solicitó al Tribunal revocar los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia, dado que la entidad si informó al actor conforme los parámetros legales que regían a las administradoras de fondos de pensiones para la época de la afiliación. Que la juez de primera instancia está exigiendo a la AFP proporcionar información en los términos que no se encontraban vigentes para el año de 1998 y que se desarrollan con posterioridad al acto de afiliación del demandante, en normas que no cuentan con el carácter de retroactivas y en esa medida claramente no le son oponibles a la AFP para el momento de la suscripción del traslado de régimen pensional en 1998. Que debe tenerse en cuenta además, que al interior del régimen de ahorro individual el actor realizó diferentes traslados entre administradoras de fondos de pensiones y pasando también por Protección S.A.; en ese orden de ideas, conforme lo establece la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias SL 3752 del 2020 y la SL 1061 del 2021 ambas con Magistrada ponente Ana María Muñoz Segura, debe traerse a colación y mencionarse además los actos de relacionamiento y la vocación de permanencia que el demandante ha tenido el interior del régimen de ahorro individual.

Así mismo, no es dable que el demandante haya argumentado que sufrió un engaño por parte la AFP cuando además se afilió con esta entidad en dos ocasiones, una

persona que se siente engañada claramente no retorna a dicha entidad. Que la AFP obró de manera diligente y oportuna en cuanto a la administración de los recursos del demandante y esto conforme lo establece el artículo 20 de la ley 100 de 1993 hace imperante manifestar que no es procedente que se ordene la entidad la devolución de los gastos de administración, toda vez que éstos fueron descontados legalmente previa autorización del legislador y fueron utilizados para generar los rendimientos financieros a dicha cuenta. Que retornar estos rubros hacia Colpensiones, una entidad que en ningún momento ha administrado los recursos del demandante durante más de 20 años, implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de dicha entidad y a cargo de PORVENIR S.A.; solicitó el estudio la excepción de prescripción que no fue declarada probada por la juez de primera instancia, toda vez que esta debe prosperar conforme lo establecido en los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, en el entendido de que el acto de afiliación sí prescribe, en la medida en que no se está desconociendo el derecho pensional que le pueda asistir al mismo, quien previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos en la ley claramente podría ser una mesada pensional al interior del RAIS. Por lo anterior la acción deprecada en el presente proceso se encuentra prescrita y entender un término diferente de prescripción implica claramente una vulneración al principio de seguridad jurídica y confianza legítima que le asiste a la entidad. Solicita al Tribunal la absolución de la entidad (*14AudioAudiencia min 1:26:30 y ss*).

Por su parte, la apoderada de ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. argumentó que, no procede la devolución del porcentaje por comisión de administración, ya que la entidad ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado y esto se evidencia en los buenos rendimientos financieros que ha generado dicha cuenta, así las cosas, se pueden hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse, sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la Seguridad Social, toda vez que, si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y esta última, la comisión de administración al afiliado, puesto que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido dichos rendimientos. Con relación a la devolución del porcentaje correspondiente a seguros previsionales, la entidad pagó mes a mes a una aseguradora para que en caso de que ocurriera un siniestro por invalidez o

sobrevivencia, dicha entidad pagara la suma adicional necesaria para financiar la pensión respectiva. En armonía con la anterior se solicita que la entidad no sea obligada a devolver el valor de seguro previsional, toda vez que está imposibilitada de recobrase a la aseguradora y devolvérselo a Colpensiones, teniendo en cuenta que es un tercero de buena fe que no intervino en el contrato suscrito entre el afiliado y Protección S.A.; solicita al Tribunal absolver a la entidad de las condenas (14AudioAudiencia min 1:34:15 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 10 de diciembre 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.

Los apoderados de las demandadas Porvenir S.A., Colpensiones y Protección S.A. alegaron de conclusión, ratificándose en lo expuesto en las contestaciones de la demanda, solicitando se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva a sus representadas de las pretensiones de la demanda, ésta última en lo relativo a la devolución de los gastos de administración. La parte actora guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

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 JULIO ERNESTO OSPINA GÓMEZ nació el 25 de marzo de 1957 (01Expediente fl. 60), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 03 de enero de 1977 (01Expediente fl.39) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el 1º de septiembre de 1998; su cambio a ING S.A., hoy

PROTECCIÓN S.A.; así como su cambio a PORVENIR S.A. el 1º de mayo de 2008, tal como se registra en la certificación de Asofondos (01Expediente fl. 334).

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP PORVENIR S.A. y su posterior cambio a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., así como su cambio nuevamente a PORVENIR S.A., en la que dichas entidades no le suministraron información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informó 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 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 (...)”**. (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 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que “La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”.

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe 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

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

de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008**, **rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, 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

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”.

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 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 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, la AFP PORVENIR S.A., ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

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

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia 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).

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la afiliada sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer. De manera que el hecho de los traslados horizontales a que alude el apelante, si bien configura aisladamente un acto de relacionamiento con el RAIS, como lo dicen las sentencias citadas por el apelante, en criterio de la Sala ratifican lo insulso que se tornó para las AFP en un determinado momento el acto de transitar entre una y otra.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos primero, segundo y tercero de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que** la AFP PORVENIR S.A., el 1º de septiembre de 1998, realizó a JULIO ERNESTO OSPINA GÓMEZ del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la las AFP PORVENIR S.A., y sus cambios posteriores a ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos

pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de 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, 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).

Condenas que deberán asumir las AFP PORVENIR S.A., ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A y PORVENIR 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

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 (...).

deber de información y las consecuencias de no hacerlo dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del 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 PORVENIR S.A., ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A y PORVENIR 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 la 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 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”.

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.

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 recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

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 PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO de la sentencia 258, aclarada, apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.
- II. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de **JULIO ERNESTO OSPINA GÓMEZ**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
- III. **CONDENAR** a las AFP PORVENIR S.A., ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.
- IV. **CONDENAR** a las AFP PORVENIR S.A., ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A y PORVENIR 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 del 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.
- V. **IMPONER** a **COLPENSIONES**, una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., apelantes infructuosos, 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.

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

Código de verificación: **8e7acd11173e1b7ed91ca2c97e5d20aed1aedb09fb2318b98aac27e55ccfdd4e**

Documento generado en 29/04/2022 05:38:03 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>