

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE INGRID RIASCOS MURILLO
VS. COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
LITIS: PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 760013105 012 2021 00449 01

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, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió DE **INGRID RIASCOS MURILLO** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, en litis consorcio necesario por pasiva con **PORVENIR S.A.**, con radicación No. 760013105 012 2021 00449 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 4 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 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 108

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, como consecuencia tener como única

la afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES; condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, valor del bono pensional con frutos e intereses, y los rendimientos causados sobre el capital, sin descuentos por gastos de administración ni las mermas sufridas por el capital; condenar a PROTECCIÓN S.A., a devolver a la demandante las cotizaciones voluntarias si se hicieron, con cargo a su patrimonio; ordenar a COLPENSIONES que efectúe la afiliación al RPM sin solución de continuidad, así mismo que reciba los valores devueltos por PROTECCIÓN S.A.; condenar en costas a las demandadas (03Demanda fl.2-3).

Con fundamento en los hechos expuestos y en las disposiciones legales que adelante citaré, en nombre de mí mandante inicio ante Usted, Proceso Ordinario de Primera Instancia y pido que con su audiencia y previos los trámites legales respectivos, se profiera las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERA: Declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen Ahorro Individual con Solidaridad efectuada por INGRID RIASCOS MURILLO en 1998.

SEGUNDA: Como consecuencia tener como única afiliación válida de la demandante al sistema pensional, la Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERA: Condenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.** a devolver al sistema del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, valor del bono pensional a la fecha de su emisión con todos sus frutos e intereses y los rendimientos causados sobre el capital, sin descuentos de los valores erogados por gastos de administración ni las mermas sufridas por el capital.

CUARTA: Condenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver a la demandante las cotizaciones voluntarias si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio.

QUINTA: Ordenar a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** que efectúe la afiliación de la demandante nuevamente al régimen de prima media sin solución de continuidad.

SEXTA: Ordenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** que reciba de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.** todos los valores ordenados a devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEPTIMA: Se declaren y reconozcan en favor de la demandante, otros derechos diferentes a los pretendidos en esta demanda siempre y cuando el operador judicial los halle demostrados en uso de sus facultades ultra y extra-petita.

OCTAVA: Se condene a los demandados al pago de las costas procesales.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como la litis consorte necesaria por pasiva **PORVENIR 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 (03Demanda fl.1-8, 02AnexosDemanda fl. 1-106), la contestación de COLPENSIONES (08Cont...Colpensionesl.1-69), así como la contestación de PORVENIR S.A. (Cont...Porvenir fl.1-260), así como la contestación de PROTECCIÓN S.A. (13Cont...Proteccion fl.1-61) 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 DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró no probadas las excepciones por pasiva; la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y todas las afiliaciones que haya tenido en éste último régimen, conservando la afiliación al régimen administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad, condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas, y los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán a la demandante si fuere el caso; condenar a PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) de los artículos 13 y 20 de la ley 100 de 1993, comisiones, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado; condenó en costas a las demandadas (21ActaAudiencia fl.3) (20Aud...juzgamiento min 1:37:23 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por **COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN**.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la señora **INGRID RIASCOS MURILLO** y de todas las afiliaciones que ésta haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, sin solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora la señora **INGRID RIASCOS MURILLO** como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios si los hubiere, se entregarán a la demandante si fuere el caso.

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

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

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

SÉPTIMO: INFORMAR al **MINISTERIO DEL TRABAJO** y al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.
LA PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS

(...)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó que, la afiliación al RAIS se ejecutó conforme con las normas vigentes para la época, cuya única exigencia era la expresión de voluntad con el diligenciamiento del correspondiente formulario; el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica y viola el debido proceso de **COLPENSIONES**, quien, sin haber participado en el trámite de traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación. De otro lado, no se acreditó dentro del proceso actuaciones dolosas respecto de la afiliación al RAIS; no es dable que se invierta la carga de la prueba bajo un criterio de responsabilidad objetiva, desconociendo las obligaciones paralelas en cabeza del cotizante y que le permitían a la actora obtener información durante el paso del tiempo. Asimismo, advirtió que la dicha demanda parece un mecanismo para desconocer el literal e) del art. 13 de la Ley 100, con su respectiva modificación de una situación de vicio del consentimiento expresado por personas adultas y capaces, consentimiento ratificado durante más de 20 años de aportes al RAIS, y la actora contó con amplios términos para retornar al RPM y no lo hizo. Las condenas impuestas afectan notablemente la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y ponen en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los afiliados al RPM;

rogó al Tribunal evaluar la proporcionalidad de la medida de adoptada y que sea el fondo privado quien asuma las cargas económicas o que los dineros que se trasladen del RAIS y los devuelva conforme a un estudio actuarial que determine que, con ellos, se surta la prestación en los términos del régimen de prima media. Así mismo, si no se accede a las medidas previamente, solicitó que se adicionen los numerales tercero y cuarto de la sentencia, en el sentido de que se determine cada uno de los valores que tenga que devolver el fondo privado, atendiendo lo contemplado en el artículo 283 del CGP que establece que las condenas deben ser en concreto cuando se ordene el pago de frutos, intereses, mejoras en este caso, la devolución de ellos, razón por la cual no se puede ordenar una condena en abstracto. No debe condenarse en costas, ya que la entidad no tuvo ninguna participación en la decisión de la demandante de pertenecer al RAIS, y no tenía la posibilidad jurídica de aceptar el retorno de la accionante al RPM sin orden judicial; solicitó al Tribunal absolver a la entidad (20Aud...Juzgamiento min:1:45:05 y ss).

Por su parte, el apoderado de PROTECCIÓN S.A. la apeló y argumentó que, no habría lugar a condena en gastos de administración ya que estos se encuentran debidamente autorizados por ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del 2003, la entidad no se queda con el valor de póliza previsional, y administra la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, que se evidencia en los rendimientos financieros que generó la cuenta. En caso de que se mantenga la declaración de ineficacia de la afiliación, únicamente será procedente la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual, y no procede la devolución de gastos de administración. Conforme al art. 1746 del CC, si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió, por ende, la entidad nunca administró los recursos de la cuenta individual y los rendimientos no se causaron, tampoco se debió cobrar una comisión de administración. En cuanto a la orden de devolver los dineros de la póliza previsional de la aseguradora, que cubre los siniestros de vejez y sobrevivencia ya no se encuentran en cabeza de la entidad. También se opuso a la condena en costas y agencias en derecho, pues si bien la entidad fue vencida en juicio, esto se deriva de una construcción judicial que es posterior a la fecha de la afiliación al RAIS de la demandante. En lo que respecta a los bonos, la entidad no emite ni paga bonos pensionales, por lo cual no habría lugar a devolverlos, en cuanto a la garantía de pensión mínima, esta no es un beneficio para los fondos de

pensiones, es una garantía para los afiliados, en el evento que no cumplan las semanas necesarias dentro del RAIS. Solicitó al Tribunal absolver a la entidad (20Aud...Juzgamiento min1:15:21 y ss).

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. la apeló y argumentó que, la obligación del deber de información nace del ordenamiento jurídico a partir de los decretos 2255 del 2010, 2071 del 2015 y la ley 1748 del 2015, respecto a la obligación de informar las consecuencias del traslado del régimen pensional, esta nace a la vida jurídica solo a partir del inciso 4º del art. 3º del decreto 2071 del 2015, es decir que, para el momento de la afiliación de la demandante con la AFP en el año 2000 no puede predicarse la falta del deber de la información, como quiera que en este momento no existía la obligación de hacerlo; además la actora, dentro de la oportunidad legal, no usó el derecho de retracto de su afiliación y tampoco manifestó su deseo de regresar al régimen de prima media, al contrario, la actora ratificó su afiliación vinculándose o realizando un traslado a través de ING; no procede trasladar todos los valores de la cuenta individual a COLPENSIONES incluyendo los gastos de administración, por cuanto el decreto 3995 del 2008 en su art. 7º únicamente impone el traslado de aportes, la destinación específica de los gastos de administración está consagrada en la ley 100 de 1993, y no procede la devolución de lo que la entidad ya descontó, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y las sumas adicionales de la aseguradora ya fueron pagadas a quienes cubren las contingencias de invalidez y sobrevivencia. En este orden de ideas, si se declarase la ineficacia, solicitó tener en cuenta la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante la restitución completa de las prestaciones, es decir, devolver los rendimientos en favor de la entidad y se declare probada la excepción de compensación, teniendo en cuenta que, si se declara la ineficacia, todo vuelve al estado original; solicitó que se revoque la condena en costas y agencias en derecho teniendo en cuenta los argumentos ya señalados y además porque en la actualidad ya no se encuentra dentro de la administración de la entidad (20Aud...Juzgamiento min2:01:00 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 20 de enero 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.

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 INGRID RIASCOS MURILLO nació el 13 de mayo de 1972 (02AnexosDemanda fl.4), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 21 de abril de 1991 (08Cont...Colpensiones fl.18) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., el 1º de mayo de 1998, su cambio a PORVENIR S.A. el 1º de marzo de 2000; su cambio a AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., el 1º de enero de 2003; y finalmente su traslado a PROTECCIÓN S.A. por la cesión por fusión, el 31 de diciembre de 2012; tal como se registra en la certificación de Asofondos (13Cont...Proteccion fl.30).

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 la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A, luego a PORVENIR S.A.; a AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., y finalmente a PROTECCIÓN 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 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**,

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”.*

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 párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*. 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, las AFP ING S.A., HOY PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., AFP ING S.A., HOY PROTECCIÓN S.A. Y PROTECCIÓN 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 ING S.A., HOY PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., AFP ING S.A., HOY PROTECCIÓN S.A. Y PROTECCIÓN 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 ING S.A., HOY PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., AFP ING S.A., HOY PROTECCIÓN S.A. Y PROTECCIÓN 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, 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).

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 acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 1 de mayo de 1998, realizó INGRID RIASCOS MURILLO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y 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 del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas,

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*

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 demandadas AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y 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.

Frente a los argumentos expuestos por todos los recurrentes, al sustentar la alzada respecto de las condenas en costas, conviene indicar que establece el numeral 1º del artículo 365 del CGP, Ley 1564 de 2012, aplicable por analogía en el procedimiento laboral a la voz del artículo 145 del CPTSS, que se condenará por ellas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación. En este caso, siendo AFP demandadas vencidas en juicio, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad.

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 (...).

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 AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A., AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y 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 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,

RESUELVE:

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

- I. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN 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 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 a la demandante, si fuere el caso.

- II. **CONDENAR** a **AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y 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.

- III. **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.

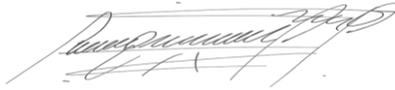
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., AFP ING S.A., hoy PROTECCIÓN S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, apelantes infructuosos, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional 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

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: **8e2c1703a91cb2657215e8425edd9bc02464302aa6deb41c0cf7a835f70de502**

Documento generado en 29/04/2022 05:38:14 AM

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