

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE MARCELA ÁLVAREZ FRANCO
VS. COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 760013105 003 2019 00528 01

Hoy, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, que armoniza con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, 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 666 del 28-04-2022, resuelve la **APELACIÓN** presentada por la apoderada de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la **CONSULTA** en favor de esta última entidad – COLPENSIONES- de la sentencia dictada por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO** contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 003 2019 00528 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 párrafo 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 192

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/ineficacia del traslado/afiliación 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., al igual que, la declaratoria de la ineficacia/nulidad en los diferentes traslados que ha hecho la demandante, entre las distintas administradoras de fondos de pensiones del RAIS, como en la AFP PORVENIR S.A. y otros que hubiere.

Así mismo, se ordene que la AFP PORVENIR S.A., traslade el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos, gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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 consecuencia, ordenar a COLPENSIONES a que reciba todos los conceptos con ocasión a la declaratoria de la ineficacia/nulidad del traslado.

PRIMERO: Declárese **INEFICAZ/NULO** el traslado/afiliación de la señora **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO** del R.P.M.P.D. al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad partir del 01 de Julio de 1997, o en la fecha que en su oportunidad se acredite dentro del proceso se produjo tal traslado de régimen a través de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

SEGUNDO: Se declaren **INEFICACES/NULOS** los diferentes traslados de la señora **ÁLVAREZ FRANCO** entre las distintas administradoras de fondos de pensiones del R.A.I.S., como a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y otros que hubiere.

TERCERO: Consecuentemente, declárese que para efectos pensionales, la señora **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO** continúa afiliada al régimen de prima media con prestación definida hoy en cabeza de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al que pertenecía antes del traslado declarado ineficaz/nulo.

CUARTO: Ordénese a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** trasladar inmediatamente a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el saldo de la cuenta de ahorro individual de la señora **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO** incluidos los rendimientos, los cuales deberán acreditarse en los términos de semanas cotizadas, de acuerdo al salario base de cotización, lo descontado por gastos de administración; así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima, sin que se pueda descontar de dichos valores, lo cancelado por concepto de mesadas pensionales.

QUINTO: Ordénese a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** recibir todos los conceptos que con ocasión de la ineficacia/nulidad del traslado deba entregarle la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

SEXTO: A su vez, se ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a tener a la señora **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO**, como afiliada sin solución de continuidad.

SÉPTIMO: Condénese a las demandadas: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a cancelar a la señora **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO**, todas las condenas que le fueren impuestas debidamente indexadas.

OCTAVO: Condénese a las demandadas: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a cancelar a la señora **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO**, las sumas que aparezcan probados en ejercicio de las facultades del Juez Extra y Ultra Petita.

NOVENO: Condénese a las demandadas: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a pagar los gastos del proceso, incluidos los honorarios profesionales que su señoría se servirá fijar.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A.**, **PORVENIR 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 (DEMANDA fl. 2-4), y la contestación de COLPENSIONES (CONTESTACIÓN COLPENSIONES 168 AL 189 fl. 168 al 189), así como la contestación de PROTECCIÓN S.A. (CONTESTACIÓN PROTECCIÓN 211 AL 259 fl. 211-259), y de PORVENIR S.A. (CONTESTACIÓN PORVENIR 260 AL 282 fl. 260-282) 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 TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, y se declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual (RAIS) administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. y de los demás traslados entre fondos realizados a HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A que realizó la demandante. En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, y COLPENSIONES proceda a aceptar dichos valores.

Por último, condenó en costas a la parte vencida en juicio, en favor de la parte actora y a cargo de PORVENIR. Se absolvió a COLPENSIONES, del mencionado rubro.

(FOLIO 306 A 309 ACTA AUDIENCIAS CONCETRADAS TRASLADO REGIMEN 2019-2018, 2018-172 MHCP fl. 306-309) (2019-528 y 2018-572mpa. fl. 311 min 1:26:47 y ss)

Sentencia No.138 Proceso I RAD.2019-00528
PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo MARCELA ALVAREZ FRANCO al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCION y de los traslados entre fondos realizados a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ultimo al que se encuentra afiliada.
SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, SE ORDENA a PORVENIR , trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de MARCELA ALVAREZ FRANCO al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES –.
TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES , proceda aceptar el traslado de MARCELA ALVAREZ FRANCO del Régimen de Ahorro Individual al de Prima

Media con Prestación Definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio. Se fija la suma de \$1.000000 como agencias en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de PORVENIR SA. Se ABSUELVE de este rubro a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.

QUINTO: CONSULTAR el presente proceso por resultar adverso a los intereses de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** argumentó que la demandante a la fecha cuenta con más de 47 años de edad, así mismo, mencionó que, para la época del traslado al RAIS registrado en COLPENSIONES, la señora MARCELA ÁLVAREZ FRANCO, estaba en pleno derecho a realizar dicha afiliación lo cual indica un procedimiento acorde por parte de su representada, toda vez que, de haberse negado el traslado de la demandante, COLPENSIONES, hubiese incurrido en una violación al derecho a la libre elección que a la demandante le asistía.

Mencionó que, teniendo en cuenta la calidad profesional de la demandante y conforme al interrogatorio rendido por ella, observó claramente que si había idoneidad de conocimiento frente a la diferencia de ambos regímenes, tanto del RPM como del RAIS, por lo tanto, no sería procedente que la demandante manifieste que existió un engaño por el fondo privado, por lo tanto, no procede la nulidad/ineficacia de traslado, ya que, tal como lo indica el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 1993, los afiliados solo podrán trasladarse de régimen cuando les faltare 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, ya que, la demandante esta próxima a adquirir su derecho pensional, no es procedente cambiar de régimen pues legalmente no está permitido. En consecuencia, la apelante solicitó se revoque el fallo proferido en primera instancia. (2019-528 y 2018-572mpa. fl. 311 min 1:32:30 mm y ss)

Así mismo, la apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló y argumentó que, en primer lugar, el acto jurídico por medio del cual se formalizó la afiliación de la demandante a la AFP que representa, goza de plena validez, pues fue un acto realizado con un

persona legalmente capaz, con objeto y causa lícita, además, indicó que, no se logró acreditar por parte de la demandante que dichos actos jurídicos no se hubiesen realizado de forma voluntaria y libre, por lo tanto, se encuentran totalmente desprovistos de engaño.

Agregó que, con el interrogatorio de parte se acreditó que, la demandante tuvo todos los medios necesarios y disponibles para conocer las consecuencias y los posibles beneficios de la afiliación al RAIS, pero simplemente, la demandante no actuó y con la sentencia dictada en primera instancia se benefició de su propia desidia.

Indicó que, durante todo el tiempo que estuvo vigente la vinculación en los fondos de pensiones pertenecientes al RAIS, la demandante no solicitó ninguna información, encontrándose conforme con las condiciones ofrecidas por el régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que, no hay cabida a mencionar que hubo ausencia de información al suscribir el formulario de afiliación. Además, señaló que, el deber de información a cargo de las AFP's, no necesariamente deben cumplir con una proyección pensional a futuro o con la manifestación de las ventajas del RAIS.

No obstante, indicó que en el evento de confirmar la sentencia emitida por el *A quo*, la Sala revise el contenido del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, ya que, si se entiende que con la ineficacia nunca existió el traslado a los fondos privados, no resulta procedente que se ordene el traslado de los rendimientos, toda vez que, la rentabilidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante se debió a la buena administración de PORVENIR S.A.

Mencionó que, con relación al porcentaje destinado a los gastos de administración señalados en la Ley 100 de 1993, no corresponden a una suma de dinero que haga parte de la cuenta de ahorro individual, ni tampoco se encuentra encaminada a solventar el reconocimiento de una prestación pensional, por lo que no existe ningún sustento para disponer de su devolución, además, de estar sujetos al fenómeno de la prescripción. Por lo tanto, solicitó se tenga en cuenta el Decreto 3995 de 2006 y el concepto 2019152169- 003 000 de la Superintendencia Financiera con relación a los valores por gastos de administración. (2019-528 y 2018-572mpa. fl. 311 min 1:34:28 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 y del ocho (08) de abril de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo disponía el Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Dentro del término, la parte demandante, las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a través de memoriales allegados al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentaron alegatos de conclusión, ratificándose en lo expuesto en la demanda, contestación de la demanda, y en el recurso de apelación, respectivamente.

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, la señora MARCELA ÁLVAREZ FRANCO nació el 21 de noviembre de 1963 (Demanda fl. 79), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, desde el 04 de febrero de 1988 (Demanda fl. 80) hasta el 01 de julio de 2001, fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., posteriormente, el 01 de noviembre de 2009, se trasladó a la AFP HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A., tal como se registra en la certificación de Asofondos (ContestaciónPorvenir fl. 21)

Hora de la consulta : 10:49:59 AM
 Afiliado: CC 34544085 MARCELA ALVAREZ FRANCO [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 34544085							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de actividad	Fecha fin de actividad
Vinculación inicial	1994-05-09	2007/08/04	COLPENSIONES			1994-06-01	2001-06-30
Traslado regimen	2001-05-17	2004/04/16	PROTECCION	COLPENSIONES		2001-07-01	2009-10-31
Traslado de AFP	2009-09-09	2009/10/21	HORIZONTE	PROTECCION		2009-11-01	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareiqua para: CC 34544085						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP Inscrita	
2001-05-17	2001-05-22	01	AFILIACION	PROTECCION		

Un item encontrado.

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el 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. y posteriormente su traslado a la AFP HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A., momento en el 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 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 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 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 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*

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”.*

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’s PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, PORVENIR 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 PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, 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 la AFP PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, 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 aduce 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.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolivos primero, segundo y tercero de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 01 de julio de 2001, realizó **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO** del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP's PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, 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 de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin

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

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 apelación y 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's demandadas PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, 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 deber de información y las consecuencias de no hacerlo dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

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 (...).

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 PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, 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 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”.

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:

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.

“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 PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO 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 **MARCELA ÁLVAREZ FRANCO**, 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 PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, PORVENIR 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 PROTECCIÓN S.A., y HORIZONTE, hoy, 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 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 PORVENIR S.A., y COLPENSIONES 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

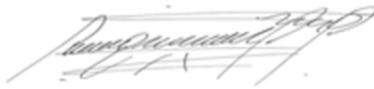
lugar. En caso de no interponerse casación por Secretaría se devolverá al Juzgado de origen.

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: **de3a5fdfa2e9f486808c7ff163d523609dc7290322c8fdffc2a50effd2b0cbe8**

Documento generado en 23/06/2022 09:37:14 PM

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