

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE ADELINA MANJARRÉS
VS. PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., Y COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 008 2021 00078 01

Hoy, **veinticuatro (24) de junio de 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 aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 666 del 28 de abril de 2022, resuelve las **APELACIONES** de la **DEMANDANTE, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ADELINA MANJARRÉS** contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 008 2021 00078 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **11 de junio de 2021**, celebrada, como consta en el **Acta No. 40**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el parágrafo 3 del artículo 1o del **Acuerdo PCSJA22-11930 de 25-02-2022**, en ambiente preferente virtual.

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

SENTENCIA NÚMERO 214

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia de la afiliación y/o traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro

individual con solidaridad, debiéndose trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante a través de su apoderada judicial, que nació el 27 de agosto de 1965, iniciando sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de enero de 1986 hasta el 16 de noviembre de 1992, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE HOY PORVENIR S.A, en agosto de 1997, pues los asesores de dicha entidad le ofrecieron supuestas mejores condiciones, aunado a que estaba atemorizada porque le habían dicho que el ISS iba a desaparecer. Luego, en febrero de 2001 se movilizó a PROTECCIÓN S.A., donde solicitó en 2020 una simulación pensional lesiva que le resulta lesiva de sus derechos.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, se opusieron a las pretensiones, pues consideraron que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. Además de encontrarse la demandante a menos de 10 años de cumplir con el requisito de edad pensional. **PORVENIR S.A.** no contestó la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el 20 de abril de 2021 por el JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la ineficacia de la afiliación** al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado, como cotizaciones íntegras, rendimientos y gastos de administración indexados, con cargo a su patrimonio y a PORVENIR le ordenó la devolución indexada de los gastos de administración durante el tiempo de afiliación con cargo a su patrimonio. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

APELACIONES

La parte DEMANDANTE recurrió en pos de la modificación de las costas del proceso, por la condena única respecto de “PROTECCIÓN S.A.” (sic), ya que conforme al artículo 365 CGP se deben imponer a la parte vencida en juicio, sin interesar la buena o mala fe con que hayan actuado los demás fondos, más cuando COLPENSIONES Y PORVENIR (sic) se opusieron a las pretensiones demandatorias. Y el antiguo HORIZONTE, hoy PORVENIR propiciaron la afiliación ineficaz, sin que el hecho de no haber dado contestación a la demanda, lo eximan de tal condena.

PORVENIR SA. apeló la sentencia para revocar los numerales 2 y 3 porque si cumplió con el deber de información que le correspondía, realizando el Juzgado un análisis anacrónico al pretender que en 1997 cumpliera con unas normas no vigentes con las exigencias actuales. Que el decreto 3466 de 1982 solo exigía brindar una información veraz y suficiente, decreto 663 de 1993 requirió información necesaria y transparente, la ley 100 de 1993, exige afiliación libre y voluntaria y el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15 no alude el tipo de información a entregar. Que los lineamientos actuales no eran exigibles, surgen con posterioridad a la afiliación a PORVENIR, que la jurisprudencia CSJ sobre el tema surge en 2008, que el decreto 2555 de 2010, decreto 2071 de 2015, ley 1748 de 2015 y no hubo falta del deber de información.

Que no se trata de una relación laboral sino un mero acto de afiliación al SSS y las partes S en igualdad negocial, debiendo cumplir el deber de informarse la parte. Que la inconformidad con el RAIS radica en la diferencia en el monto pensional, lo cual no puede ser motivo de ineficacia, citando para ello, la sentencia SL3752 de 2020 (M.P. Ana María Muñoz Segura), que respaldan la existencia de regímenes pensionales con características diferentes.

Sobre la devolución de gastos de administración considera que su descuento se surtió con base en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, que generaron rendimientos a la demandante cuya devolución a cargo de PORVENIR generaría un enriquecimiento sin causa. Reclama la aplicación de la excepción de prescripción, por cuanto la afiliación data desde 1997, ya que no está en

discusión el derecho pensional, sino el acto de afiliación a PORVENIR. Por lo tanto, vulneraría seguridad jurídica no aplicar prescripción.

Por su parte el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la orden de devolución de los gastos de administración, pues consideró que el artículo 20 modificado por el artículo 7º de la ley 797 de 2003, estableció lo relativo al monto de las cotizaciones, y un 3% se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros y la prima de invalidez y sobrevivientes, y en ese sentido no hay lugar a imponer condena por los gastos de administración pues los mismos se descontaron en su momento con el propósito de financiar el sistema de pensiones en el RAIS, permitiendo reinversión. Señaló que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual. Que de aplicar la teoría de nulidad, debe aplicarse la tesis de restituciones mutuas para no generar enriquecimiento sin causa, sin que tenga sentido trasladar dichos valores al RPM.

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** la apeló argumentando que la demandante tiene más de 47 años de edad, que para la época del traslado la afiliación se hizo con plena validez. Según el literal e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, no posibilita el traslado cuando falten menos de 10 años. Que está próxima a adquirir su derecho a pensión de vejez, no siéndole válido su traslado.

CONSULTA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 27 de mayo 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 *-vigente para la época-*.

Dentro del término, la apoderada judicial de la parte demandada Porvenir S.A., a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaría de la Sala

Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos de hecho y de derecho que sirvieron de sustento para la contestación de la demanda, solicitando se revoque en su integridad el fallo proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, para que en su lugar, se absuelva a su representada de todas pretensiones incoadas. Las demás partes guardaron 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?

Dentro del plenario quedó plenamente acreditado que **ADELINA MANJARRÉS** nació el 27 de agosto de 1965 (09Contestación, fl. 27), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 8 de abril de 1985 (04Anexos, fl. 121) hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., el 28 de agosto de 1997 (10Contestación, fl. 43), efectivo desde el 1º de septiembre de 1997 y movilidad hacia PROTECCIÓN, tal como se registra en formulario de solicitud de vinculación (04Anexos fl. 100, 10Contes, fl. 58) con traslado efectivo desde el 1-05-2001, dando también cabal reporte de ello, la certificación de Asofondos (10Contestación fl. 56).

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, pues pide la demandante se declare nula y/o ineficaz, al considerar que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y luego, PROTECCIÓN S.A., le informaron que le convenía trasladarse al régimen de ahorro individual porque se iba a pensionar con mejores condiciones económicas y de edad, insistiendo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar y a desaparecer, perdiendo todas las cotizaciones realizadas y bonos pensionales que estaban a cargo del Seguro Social.

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 (...).”**

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-2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 782, **1217** 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**

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”.

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, modificadorio 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”*.

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 tal 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)”.

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, inclusive la invocada por la recurrente PORVENIR S.A., sentencia SL3752 de 2020, era necesario e imprescindible que, las AFP`s HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP`s HORIZONTE hoy PORVENIR 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`s HORIZONTE hoy PORVENIR 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 derivada del hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas y la ausencia de igualdad negocial en una suerte de nexo de adhesión para quien es lego en la materia.

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

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación del resolutivo segundo de la parte resolutive de la sentencia, habrá de modificarse indicando que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 28 de agosto de 1997** realizó ADELINA MANJARRÉS del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y su posterior traslado entre AFP's a PROTECCIÓN S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones

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...”

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. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Condenas que deberán asumir las AFP's demandadas HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., por los respectivos períodos 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 las aquí demandadas, en ellas recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente, y por ende, se responsabilizan de la demostración del cumplimiento del deber de información y las consecuencias de no hacerlo, dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado "en sentido estricto o de pleno derecho", determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales 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 de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que deberán subsanar HORIZONTE hoy PORVENIR 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

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 (...).

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:

“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.”

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.

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

Frente el argumento expuesto por el apoderado de la DEMANDANTE al sustentar la alzada respecto de la absolución de la condena en costas frente a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES partes vencidas también en juicio, habrá de adicionarse el numeral TERCERO de la parte resolutive, en el sentido que también se condena en costas a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, incluyendo el valor de agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante, cuyo monto corresponde tasar al *A quo*. Ello porque debe tenerse en cuenta que el deber de información no sólo le atañe a la administradora pensional receptora del usuario, sino también de la cual se produce su retiro.

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 el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de:

I. ORDENAR a los Fondos de Pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR 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 ADELINA MANJARRÉS, 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 **HORIZONTE hoy PORVENIR 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 **ADELINA MANJARRÉS**, 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 **ADELINA MANJARRÉS**.

SEGUNDO: ADICIONAR el resolutivo TERCERO, en el sentido que también se condena en costas a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor de la demandante, cuyo monto deberá tasar el *A quo*.

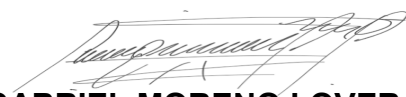
TERCERO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada y consultada.

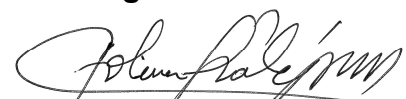
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. apelantes infructuosos, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'000.000, a cargo de cada una. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO: 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 las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

(firma electrónica)

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado


CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

16

Firmado Por:

Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Código de verificación: **cc25e6aa5ccc1670ba5ab7020c2f6d60effd82280fecff44641f9c1b0cdde5c5**

Documento generado en 23/06/2022 09:36:59 PM

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