REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **CARLOS JOAQUÍN MELO GUEVARA**
VS. **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**
RADICACIÓN: **760013105 017 2020 00458 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 de abril de 2022, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como la **CONSULTA** en favor de esta última entidad –COLPENSIONES- de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CARLOS JOAQUÍN MELO GUEVARA** contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES,** con radicación No. 760013105 017 2020 00458 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 20 de mayo de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 32** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el parágrafo 3 del artículo 1o del Acuerdo PCSJA22-11930 de 25-02-2022, en ambiente preferente virtual.

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

SENTENCIA NÚMERO 206

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión principal y subsidiaria del demandante en el proceso objeto de estudio, se orienta a obtener la nulidad/ineficacia de la afiliación del traslado del régimen de prima media (RPM) administrado por el ISS, hoy, Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) gestionado por Porvenir S.A. y como consecuencia, se entienda sin solución de continuidad su afiliación al RPM.

Se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, el saldo y los rendimientos financieros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante y se condene a COLPENSIONES a aceptar el reingreso o traslado al RPM, así como el traslado de los aportes.

Se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas. (07SubsanaciónDda 14-15)

PRETENSIONES

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

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la afiliación del traslado de régimen, que se efectuó a partir del 17 de octubre de 1995 por el señor CARLOS JOAQUIN MELO GUEVARA del régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., representado legalmente por el Dr. Miguel Largacha Martínez, o por quien haga sus veces.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad de la afiliación del señor CARLOS JOAQUIN MELO GUEVARA que se efectuó el día 17 de octubre de 1995, se entienda sin solución de continuidad su afiliación al Sistema General de Pensiones realizado al Instituto de los Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, representada por el doctor Juan Miguel Villa Lora, o por quien haga sus veces, para el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, por todo el tiempo de su permanencia a éste.

TERCERA: Que se condene a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A, representado legalmente por el Doctor Juan David Correa Solórzano o por quien haga sus veces al traslado inmediato a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, representada por el Doctor Juan Miguel Villa Lora, o por quien haga sus veces del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados en favor del señor CARLOS JOAQUIN MELO GUEVARA y que han sido depositados en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando a la Sociedad Administradora de Fondos de

Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A su fondo actual.

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

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

SEXTA: Que se condene a las costas y agencias en derecho del proceso a las entidades aquí demandada.

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

Los hechos del proceso relacionados con la demanda (07SubsanaciónDda 3-6) y la contestación de COLPENSIONES (21ContestacionColpensiones20210506 fl. 163-178), así como la contestación de PROTECCIÓN S.A. (22ContestacionProteccion20210507 fl. 179-250) y de PORVENIR S.A. (23ContesDdaPorvenir20210510 fl. 251-335) 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 DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declarando la ineficacia del traslado régimen de prima media con prestación definida (RPM), al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y demás traslados que realizó el actor al interior del fondo privado.

Condenó a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración; de este último rubro también se condenó a PORVENIR S.A. Dispuso que COLPENSIONES reciba la afiliación al RPM del actor, al igual que los valores anteriormente señalados.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y absolvió a COLPENSIONES de tal condena. (32ActaSentencia fl. 503-506) (31AudJuzgamiento fl. 502-502 min 27:22 y ss.)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCION S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor CARLOS JUAQUIN MELO GUEVARA**,** de notas civiles conocidas en autos, con PORVENIR antes Horizonte en el año 1995 y posteriormente con PROTECCION en el año 19998, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCION S.A. **,** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora CARLOS JUAQUIN MELO GUEVARA**,** de notas civiles conocidas en el plenario, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo al patrimonio propio de PROTECCION S.A. igualmente se ordenará a PORVENIR que traslada con destino a COLPENSIONES lo ateniente a los gastos de administración que se generaron por la vinculación de la demandante con esa entidad, según se explicó en las motivaciones que antecedes.

CUARTO: DISPONER que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor CARLOS JUAQUIN MELO GUEVARA de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR Y PROTECCION por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a favor de la demandante y a favor de cada una de las entidades demandadas.

SEXTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas en su contra.

SEPTIMO: DISPONER el envió de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

OCTAVO: REMITIR el oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior.

APELACIÓN.

Inconforme con la decisión el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.,** la apeló y solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida por el *A quo* y se absuelva de las condenas impuestas a su representada.

Manifestó que no es dable la devolución de los gastos de administración, pues se encuentran debidamente autorizados o avalados para su descuento conforme lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media y dichos gastos de administración se vieron evidenciados en los

buenos rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro individual del demandante.

Señaló que, si la consecuencia de la declaración de ineficacia es volver al estado anterior, en estricto sentido, se entiende que el contrato de afiliación nunca existió, por ende, nunca PORTECCIÓN S.A. debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor, los rendimientos no se causaron y tampoco se debió cobrar comisión de administración. Sin embargo, el artículo 1746 del Código Civil, trató lo referido a las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, en virtud de ello no se podría desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, que son los buenos rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP, a cambio de la comisión por administración la cual considera debe conservar su representada y no incurrir en un enriquecimiento sin causa en favor del demandante.

Con respecto a la condena en costas y agencias en derecho impuesta en primera instancia, alegó que resulta excesiva pues su representada actuó de buena fe y fue dirigente en la afiliación del demandante, más aún al ser un traslado horizontal obedeciendo la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS. (31AudJuzgamiento fl. 502-502 min 29:20 y ss.)

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES,** la apeló y argumentó que, el demandante no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional, pues se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad legal para acceder a una pensión de vejez.

Indicó que, no se probó que el contrato de afiliación inicial que suscribió el demandante, así como los demás traslados al interior del RAIS, carezcan de legalidad y validez jurídica, por lo que no se puede declarar la ineficacia de dichos actos jurídicos. Tampoco se puede declarar la ilegalidad de un contrato en base a las diferencias prestacionales de los dos regímenes pensionales coexistentes, pues estas fueron establecidas desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y no podría ahora el demandante negar que expresó su voluntad de afiliarse al RAIS, por tener una expectativa de una pensión de mayor valor pecuario dentro del RPM.

Expuso que, lo aceptar al demandante a portas de recibir su pensión, afectaría la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones. En cuanto a la condena en costas, también se opuso, pues considera que su representada no tuvo nada que ver con la decisión de trasladarse de régimen pensional y de su permanencia en el RAIS. (31AudJuzgamiento fl. 502-502 min 40:01 y ss.)

Inconforme con la decisión la apoderada de **PORVENIR S.A.,** la apeló y argumentó que, su presentada si cumplió con el deber de información conforme la normatividad de la época, pues a través de sus asesores brindó al demandante información clara, completa, suficiente, veraz y comprensible acerca de las características, condiciones para el acceso a cada una de las prestaciones que regula el régimen y limitaciones de cada uno de los regímenes pensionales, con lo cual el demandante tomó la decisión libre de afiliarse al RAIS.

Además, señaló que, se debió tener en cuenta que el deber de información era de doble vía, lo cual le exigía al demandante informarse o acceder a cualquiera de los canales de información de PORVENIR S.A. para solventar cualquier duda con respecto de su afiliación al RAIS, por lo tanto, no debe exonerarse al demandante de su obligación. Solicitó se tenga en cuenta lo dispuesto en la sentencia CSJ SL 3752 de 2020 en relación a los actos de relacionamiento que presuponen que los afiliados conocen las características y condiciones de acceso a las prestaciones económicas del régimen y se constituyen como una manifestación de permanecer en el régimen, situaciones que no pueden ser desconocidas por el juez, al ser indicios probatorios para acreditar que el demandante deseaba estar afiliado en el RAIS.

En cuanto a la devolución de los rendimientos y gastos de administración, se opuso toda vez que, con la ineficacia se retrotraen las cosas al estado anterior y la afiliación es completamente valida y estos últimos emolumentos tienen una destinación especifica, con respecto a la ley y ya se emplearon para el fin que estaban previstas.

En consecuencia, solicitó se absuelva a PORVENIR S.A. de las condenas impuestas y se revoque en su integralidad la sentencia apelada. (31AudJuzgamiento fl. 502-502 min 42:06 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 dos (02) de junio de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispuso el Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Dentro del término, la parte demandante, la demandada COLPENSIONES, 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.

PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. decidieron guardar silencio.

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

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

Dentro del plenario quedó acreditado que, el señor CARLOS JOAQUÍN MELO GUEVARA nació el 22 de marzo de 1963 (07SubsanaciónDda fl. 24), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, desde el 01 de noviembre de 1981 (07SubsanaciónDda fl. 65), hasta el 01 noviembre de 1995, fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A y posteriormente el 01 de mayo de 1998 a la AFP PROTECCIÓN S.A. tal como se registra en la certificación de Asofondos. (22ContestacionProteccion fl. 20210507179-250)

Hora de la consulta : 8:51:29 AM
Afiliado: CC 79265068 CARLOS JOAQUIN MELO GUEVARA Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 79265068

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1995-10-17	2004/04/16	HORIZONTE	COLPENSIONES		1995-11-01	1998-04-30
Traslado de AFP	1998-03-25	2004/04/16	PROTECCION	HORIZONTE		1998-05-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 79265068

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1995-10-17	1996-06-13	01	AFILIACION	HORIZONTE	
1998-03-25	1998-04-22	79	TRASLADO AUTOMATICO	PROTECCION	HORIZONTE

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es el nacimiento de la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A. y posteriormente su traslado a PROTECCIÓN 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 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 2º del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que ***"La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador**, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria".*

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

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtirse de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217,** 782, y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689**, **1688**, **1421**, **1452**, SL-76284-2019, **SL4989, 4964,** 2372**,** SL17595 del 18 de octubre

de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)[1], **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza*),* del **9 de septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *"el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación"*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Titulo III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *"no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello*

---

[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".*

pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público". De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

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

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

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

que "el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse" (SL-1452-2019).

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

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

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP´s HORIZONTE, hoy, PORVENIR 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´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 aduce las demandadas, por tanto, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se agudiza por el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

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

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la afiliada sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer.

De 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 01 de noviembre de 1995, realizó **CARLOS JOAQUÍN MELO GUEVARA** del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP´s HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A. y posteriormente el 01 de mayo de 1998 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 del demandante, al igual que los

bonos pensionales y rendimientos financieros[2], historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.[3]).

Condenas que deberán asumir las AFP´s demandadas HORIZONTE, hoy, PORVENIR 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

---

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

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

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

Frente el argumento expuesto por la apoderada de COLPENSIONES 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 COLPENSIONES una de las partes vencida en juicio, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberán subsanar las AFP´s 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 Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

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

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

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

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

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

---

[4] No. radicación 11001032500020080007000 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

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

R E S U E L V E:

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

I. **CONDENAR** a las AFP´s HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.

II. **CONDENAR** a las AFP´s 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, 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 PORVENIR S.A., PROTECCIÓN 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: **3ff9e7a8989d75da12e6804b7d3cb5c1cd7b63acc3b2020ef0db838da6975740**

Documento generado en 23/06/2022 09:37:25 PM

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