REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **PATRICIA ROCÍO VILLOTA ARCE**
VS. **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 005 2021 00464 01**

Hoy treinta (30) de septiembre de 2022, surtido el trámite previsto en 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, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES, de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió DE **PATRICIA ROCÍO VILLOTA ARCE** contra **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 005 2021 00464 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 02 de septiembre de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 54** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022, en ambiente preferente virtual.

AUTO 948

Se reconoce personería para actuar a la abogada VICTORIA EUGENIA VALENCIA MARTÍNEZ, portadora de la T.P. No. 295.531 del C.S de la Judicatura, como apoderada judicial de COLPENSIONES, en los términos del memorial poder a ella otorgado por el secretario general de dicha entidad.

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 331

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener principalmente, la declaratoria de **"nulidad de la afiliación de traslado"** del régimen de prima media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A.; se entienda sin solución de continuidad su afiliación a COLPENSIONES; se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos generados durante la permanencia en PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado y a recibir dichos aportes; se condene en costas y se fijen agencias en derecho (arch.03 fls.8-9).

PRETENSIONES

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

PRIMERA: Que se declare la nulidad de la afiliación de traslado de régimen, efectuada el 12 de febrero de 1997, de la señora Patricia Rocio Villota Arce del régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones a La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.**

SEGUNDA: Que como consecuencia de la nulidad de la afiliación de la señora Patricia Rocio Villota Arce, efectuada el 12 de febrero de 1997 La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A**., 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 legalmente por Miguel Largacha Martinez o 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. Se condene a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía – **Protección S.A**, representada legalmente por el Dr. Juan David Correa Solorzano, quien actualmente administra la cuenta individual de la Sra. Patricia Rocio Villota Arce, al traslado inmediato a la administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados en favor de la señora Patricia Rocio Villota Arce que han sido trasladados por La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A,** que han sido depositados en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando a **Porvenir S.A y Protección S.A** su fondo actual.

CUARTA: Se condene a Colpensiones a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de la demandante sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle **Protección S.A**.

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

SEXTA: Se debe condenar a las costas y agencias en derecho del proceso a las entidades aquí demandadas.

SUBSIDIARIAS:

PRIMERA: Que se declare la ineficacia de la afiliación de traslado de régimen, efectuada el 12 de febrero de 1997, de la señora Patricia Rocio Villota Arce 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.**

SEGUNDA: Que como consecuencia de la ineficacia de esta afiliación (o traslado) efectuada el 12 de febrero de 1997 La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A**., 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 legalmente por Juan Miguel Villa Lora o 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. Se condene a La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía – **Protección S.A**, representada legalmente por el Dr. Juan David Correa Solorzano, quien actualmente administra la cuenta individual de la Sra. Patricia Rocio Villota Arce, al traslado inmediato a la administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones del saldo de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos financieros generados en favor de la señora Patricia Rocio Villota Arce que han sido trasladados por La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A,** que han sido depositados en su cuenta de ahorro individual durante todo el tiempo que ha estado cotizando a **Porvenir S.A y Protección S.A** su fondo actual.

CUARTA: Se condene a Colpensiones a que de manera inmediata acepte el reingreso y/o traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de la demandante sin solución de continuidad y a que reciba los aportes que deberá trasladarle Protección S.A.

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

SEXTA: Se debe condenar a las costas y agencias en derecho del proceso a las entidades aquí demandadas.

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

La demandada COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, tras considerar que el traslado se dio de manera libre y espontánea y, careció de vicio del consentimiento. De los hechos señaló que no son ciertos los referentes a las implicaciones de negar el traslado de régimen y, la diferencia de mesada pensional entre ambos regímenes; de los demás indicó que son ciertos los concernientes a la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES, y solicitud de traslado régimen negada por la entidad; de los demás, indicó que no le constan. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción y buena fe (arch.06 fl.1-19).

Los antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.03 fls.6-15, arch.04 fl. 1-103), la contestación de COLPENSIONES (arch.06 fl.1-391), la contestación de PROTECCIÓN S.A. (arch.08 fls.1-69), la contestación de PORVENIR S.A. (arch.09 fls.1-102); así como la respuesta de Asofondos (arch.11 fls.1-6); son conocidos por las partes, principalmente referidos a la ausencia de ilustración frente a la decisión de traslado, motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, no se pronunció sobre las excepciones por pasiva; declaró la ineficacia de traslado del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, la demandante siempre permaneció afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual junto con sus rendimientos; condenó a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; condenó a COLPENSIONES a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales y activar su afiliación en el régimen de prima media sin solución de continuidad; condenó en costas y fijó agencias en derecho (arch.17 fls.1-2) *(Audio min 54:00 y ss)*.

SENTENCIA No. 299

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la demandante PATRICIA ROCIO VILLOTA ARCE del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.

En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES EICE, los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual de PATRICIA ROCIO VILLOTA ARCE junto con sus rendimientos.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez las AFPS den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de la demandante PATRICIA ROCIO VILLOTA ARCE y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, debiendo pagar cada una, por concepto de agencias en derecho, la suma de un salario mínimo legal vigente.

SEXTO: En caso de no ser apelada por parte de Colpensiones se remite en Consulta al Tribunal Superior de Cali, por ser desfavorable para esta entidad.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **PROTECCCIÓN S.A.** la apeló y argumentó que: respecto de la imposición de la devolución de gastos de administración, éstos junto con lo destinado al pago de seguros previsionales, corresponden a 3% de cada aporte realizado a la cuenta de ahorro individual, y dicho descuento está autorizado por la ley; en caso de declararse la ineficacia y se ordene a la entidad devolver los dineros de dicha cuenta, únicamente procedente la devolución de aportes y rendimientos financieros pero no los gastos de administración, toda vez que estos se encuentran debidamente causados y fueron utilizados por la entidad para manejar los ahorros de la afiliada y que permitieron generar rendimientos financieros; respecto de la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el mismo también se encuentra autorizado por la Ley, al igual que los descuentos por primas de seguros, por lo anterior, se opuso a la devolución de dichos conceptos debidamente indexados; solicita al Tribunal que en caso de confirmarse la sentencia solo se ordene la devolución de cotizaciones y sus rendimientos *(Audio min59:00 y ss).*

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** y argumentó que: la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS por decisión propia, como lo demuestra

su consentimiento en la afiliación; la demandante no mostró inconformidades en el manejo de sus cotizaciones por parte del fondo privado; razón por la cual es dicho fondo quien debe resolver su situación pensional; la reglamentación de obligatoriedad de doble asesoría para permitir el traslado de régimen pensional entró en vigencia 01 de octubre de 2016 y dicha normatividad aplicarse de manera retroactiva y por tanto, no aplica la doble asesoría para el presente asunto. La apoderada que la declaratoria de la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, conforme lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia T489 de 2010 en la cual se señaló la inconveniencia de que personas a las cuales les faltan menos de 10 años para concretarse su pensión de vejez vienen a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema; por lo anterior, solicita al Tribunal revocar la sentencia *(Audio min1:01:15 y ss).*

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** y argumentó que: la entidad dio cumplimiento al deber de información que estaba previsto al momento de la vinculación; puesto que para dicha fecha, no existía la obligación de dejar constancias escritas de la asesoría más allá del formulario de afiliación; no debe darse aplicación retroactiva al cumplimiento de un deber de información que surgió con posterioridad teniendo en cuenta que la entidad actúa bajo el principio de confianza legítima y seguridad jurídica; así mismo no existía la obligación para ese momento de realizar proyecciones pensionales. Señaló que todas las características de ambos regímenes son de consagración legal y público conocimiento, y no puede exonerarse a la demandante del cumplimiento de la ley simplemente por su desconocimiento; la entidad contaba con los diferentes canales de comunicación para que la demandante solicitara la aclaraciones o reportara cualquier tipo de queja respecto de su afiliación, situación que no se dio, y por el contrario con su aquiescencia, la demandante estaba totalmente conforme con las condiciones del RAIS, ya que no solo realizó los aportes, se benefició de sus rendimientos sino que también llevó a cabo los actos de relacionamiento que permiten determinar que la demandante conocía las características de dicho régimen y tales actos se constituyeron en manifestaciones adicionales a su voluntad de permanecer afiliada; adicionalmente la demandante centra su inconformidad en la diferencia aritmética entre mesadas pensionales y no en la falta al deber de

información, y en el proceso no quedó demostrado ningún vicio en el consentimiento.

La apoderada señaló que, en caso de que el traslado se torne ineficaz, se entiende que la entidad nunca administró los aportes de la cuenta de ahorro individual y por ende, no se generaron rendimientos, por lo tanto, no puede ordenarse que la entidad devuelva aportes y rendimientos y, a su vez, gastos de administración, la devolución de éstos últimos implicaría un enriquecimiento sin causa de la actora; de igual forma no procede devolver los descuentos por primas de aseguradora, toda que dichas pólizas cumplieron la finalidad de cubrir las contingencias de vejez y muerte; de igual forma no procede la devolución del dinero destinado al fondo de garantía de pensión mínima ya que este es un componente de solidaridad del RAIS y ya fue destinado como tal; tampoco procede la indexación de las sumas, toda vez que la pérdida del poder adquisitivo de los aportes ya está compensada en los rendimientos que se ordenaron devolver. Por todo lo anterior y teniendo en cuenta que la acción de nulidad era susceptible del fenómeno prescriptivo, solicita al Tribunal que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad *(Audio min1:07:20 y ss).*

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta, de conformidad con el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 08 de septiembre de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el Ley 2213 del 13 de junio de 2022.

La apoderada judicial de la DEMANDANTE alegó de conclusión y se ratificó en los argumentos de la demanda y los alegatos de conclusión de primera instancia.

Igualmente presentó alegatos la apoderada judicial de PORVENIR S.A. y manifestó que se sostenía en los argumentos de la apelación y solicitó que se revoque en su

integridad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la entidad de todas las pretensiones incoadas y se condene en costas a la DEMANDANTE.

De igual manera, formuló alegatos de conclusión la apoderada de COLPENSIONES y se ratificó en los argumentos de la apelación.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. guardó 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 de la demandante resulta nulo o ineficaz? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que PATRICIA ROCÍO VILLOTA ARCE nació el 10 de junio de 1970 (arch.04 fl.80), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 24 de septiembre de 1990 (arch.04 fl.84) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 13 de febrero de 1997 y su posterior traslado horizontal hacia PROTECCIÓN S.A., el 01 de julio de 2003, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.08 fl.39).

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en la que dicha entidad no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: *"**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la*

vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley". Y el artículo 114 ibídem expresa: *"Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera* ***libre, espontánea y sin presiones*** *(…)"*

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: "*impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral",* con la consecuencia que *"**La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (…)".*** (Las subrayas fuera de texto)

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, *"podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen."* Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 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 el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso de la demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

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

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217,** 782, y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689**, **1688**, **1421**, **1452**, SL-76284-2019, **SL4989, 4964,** 2372**,** SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)[1], **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza*),* del **9 de septiembre de 2008, 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

---

[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".*

segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Titulo III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *"no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de 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 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 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 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 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 segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 12 de febrero de 1997**,** realizó PATRICIA ROCÍO VILLOTA ARCE del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos 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, 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]).

---

[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 (…)".

Condenas que deberán asumir las AFP demandadas PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., por los respectivos periodos de afiliación, sentido en el que se adicionará la decisión de primera instancia, por cuanto, el deber de información recaía en cada momento procesal respecto de cada una de ellas, máxime que, en esta cadena de traslados, se visualizan inconsultos, por razón de la cesión o absorción entre Fondos.

Frente a este tipo de situaciones resulta imprescindible señalar que además de exigirse la vinculación procesal expresa de la aquí demandada, en ella recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente y, por ende, se responsabilizan de la demostración del cumplimiento del deber de información y las consecuencias de no hacerlo dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Frente el argumento expuesto por la apoderada de PORVENIR S.A. 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 PORVENIR S.A. 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 de la demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberán subsanar AFP 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*

[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.

definida (…)" [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *"demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico"* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

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

R E S U E L V E:

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

I. **DECLARAR** no probadas las excepciones por pasiva.

II. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **PATRICIA ROCÍO VILLOTA ARCE,** retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.

III. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **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 a la demandante, si fuere el caso.

IV. **CONDENAR** a **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.

V. **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: CONFIRMAR 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 a cargo de cada uno y a favor de la demandante. 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 las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente 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

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**

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: **a0ff59b9abfc2051760141307cae1c2df1d9ece1a736f11233f81db86a3bf1b3**
Documento generado en 30/09/2022 05:14:43 AM

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