

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **CÉSAR QUINTERO TOVAR**
VS. **PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 015 2022 00470 01**

Hoy, **15 de diciembre de 2023**, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio 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**, resuelve los recursos de **APELACIÓN** formulados por **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de esta última, respecto de la sentencia dictada por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CÉSAR QUINTERO TOVAR** contra **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 015 2022 00470 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **03 de noviembre de 2023**, celebrada, como consta en el **Acta No. 76**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

AUTO 1148

Se reconocer personería para actuar al(la) abogado(a) **VALENTINA BERMUDEZ BERMUDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.107.101.216 de Cali, abogada titulada y en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional 355.264 del C.S.J., como apoderado(a) judicial sustituto(a) de Colpensiones, en los términos del memorial poder a él(ella) otorgado por la abogada **MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO**, identificada con la cedula de ciudadanía No. 1.144.041.976 de Cali, representante legal suplente de la firma **MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S.** Se notifica en estrados.

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 332

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

Las pretensiones del demandante en esta causa son las siguientes –arch.01, págs. 5 y 6, Cuaderno Juzgado-:

(...)

- 2.1. Se declare la ineficacia o nulidad o inexistencia de la afiliación y /o traslado que el señor CESAR QUINTERO TOVAR hizo al régimen de ahorro individual en pensión administrador por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.
- 2.2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene la afiliación del demandante al régimen de prima media, ordenándose a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los aportes recibidos en la cuenta individual y sus rendimientos debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
- 2.3. Condenar en costas al Fondo Privado ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a favor del demandante.
- 2.4. Las demás que dentro de las facultades ultra y extra petita resulten probadas dentro del proceso.

(...)

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES** 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.

COLPENSIONES adujo como ciertos los hechos referidos a la fecha de nacimiento del demandante; la solicitud de traslado radicada ante su representada y su negativa por estar a menos de 10 años para pensionarse; la solicitud de traslado radicada el 15 de octubre de 2021 ante PROTECCIÓN S.A., respondida el 08 de noviembre de 2022. Niega que el actor se haya trasladado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A., toda vez que, nunca ha cotizado ante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y, frente a los demás hechos señala que no le constan, formulando como excepciones las que denominó “*inexistencia de la obligación, la innominada, buena fe y prescripción*”.

PROTECCIÓN S.A., por su parte, admitió que el actor se trasladó a la AFP de manera voluntaria y debidamente informado, traslado que se efectuó con el lleno de los requisitos legales y en ejercicio del derecho de escogencia que le otorga el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; señala que es cierto lo relativo a la petición de

traslado elevada y su respuesta. Niega que el demandante haya estado afiliado a COLPENSIONES y que su representada no le haya dado a conocer toda la información necesaria respecto de la forma como se construyen las pensiones en el RAIS, toda vez que, se le brindó asesoría clara, cierta, completa y precisa frente a las características propias de los regímenes pensionales. No le constan los demás hechos, y formuló como excepciones “*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, compensación y pago, y la innominada o genérica*”

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y las contestaciones de los demandados, son conocidos por las partes, principalmente referidos a la ausencia de ilustración frente a la decisión de afiliación y/o traslado, motivo por el cual, la Sala no estima pertinente, ni necesario reiterar tales aspectos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali se agotó la instancia, en la cual se resolvió -archs.13 y 14, video, ibidem-:

“...Primero: Declarar no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

Segundo: Declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuara el demandante al de Régimen de Ahorro Individual administrado por ING S.A. hoy PROTECCION S.A., el 30 de julio de 1996.

Tercero: Ordenar al demandante, para que, dentro del término de cinco (5) días hábiles a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, escoja la AFP que considere más acorde a sus expectativas pensionales, sin que se le pueda presentar condicionamiento alguno.

Cuarto: Condenar a PROTECCION S.A., a trasladar a la ejecutoria de la sentencia a COLPENSIONES, si es la AFP escogida por el actor, además de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante, devolver 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, por todo el tiempo en que el actor estuvo afiliado en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP al momento de cumplirse esta orden. Los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, autorizando a PROTECCION a repetir contra las otra AFP'S por los periodos donde el demandante haya estado afiliado por las condenas aquí impuesta.

Quinto: Costas procesales, agencias en derecho la suma de 500.000 a cargo de PROTECCION S.A., y 500.000 a cargo de COLPENSIONES, a favor del parte demandante.

Sexto: en el evento de no ser apelada la sentencia, será objeto de consulta como quiera que fue adversa a los intereses del fondo público...”

RECURSOS DE APELACIÓN

(Tiempo 24m:10s) La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión, señalando que, en su numeral 4° es abstracta, toda vez que, dice que en caso de que el demandante escoja a COLPENSIONES, la AFP tiene que retornar todos los emolumentos nombrados en este numeral, el porcentaje de garantía de pensión mínima, los seguros provisionales, gastos de administración indexados y que se repitiera contra cualquier otro fondo, cuando es muy claro que la afiliación primigenia del actor fue directamente con PROTECCIÓN.

Agrega que, no estar frente a un proceso normal que es donde el afiliado se hubiese primero trasladado a COLPENSIONES y con posterioridad a una AFP, y por ello trae a colación las sentencias SL1806 de 2022, SL 1888 de 2019, SL 3464 de 2019 y SL del 05 de octubre de 2010 radicación 39772, en donde la Sala precisó que, la primera afiliación al Sistema es permanente, vitalicia e irrepetible, de suerte que para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación debe efectuarse dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo que en este caso no ocurrió.

Refiere que, la jurisprudencia establece que se puede invalidar el acto de traslado de regímenes, no la selección inicial y, menos cuando no exista acto previo de afiliación al Sistema Pensional, por lo que, no puede aceptarse que la violación al deber de información afecta el acto jurídico de vinculación al Sistema, pues no existe antes de este acto ninguna expectativa. Que en este asunto no existe un acto para invalidar, pues no hay un acto previo ante ninguna administradora porque no había vinculación al SGP, por lo que, si nunca formó parte el actor del RPMPD, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado, pues no existe vínculo jurídico previo para recibirlo como afiliado con sus cotizaciones hechas por Protección.

Culmina indicando que el actor siempre ha estado con su representada y, que es muy extraño que después de tantos años indique que fue engañado, siendo obvio que lo que necesita es devolverse a Colpensiones por la mesada pensional, cuando

ya ha disfrutado de todos los beneficios de dicho régimen. Señala que así lo ha dicho igualmente el Tribunal de Cali, Sala Laboral, en el sentido que no se puede retrotraer lo que nunca ha nacido a la vida jurídica, por lo que, solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva a su representada de todas las pretensiones.

(Tiempo 32m:20s) La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló igualmente la decisión, señalando que se debe tener en cuenta que el actor no estuvo afiliado al RPM, por consiguiente, su primera afiliación es del RAIS con PROTECCIÓN el 30 de julio de 1996, agregando que, no estamos frente a una ineficacia normal donde se está violando el deber de información, como lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ. Así las cosas, solicita no se acceda a las pretensiones de la parte demandante.

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a los intereses de COLPENSIONES, se impone a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 14 de noviembre de 2023, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

Dentro del término, la apoderada de Colpensiones, 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 lo expuesto en la contestación de la demanda, solicitando se revoque la sentencia de Primera Instancia en lo que le fuese desfavorable a su representada. La parte actora guardó silencio

CONSIDERACIONES:

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿la afiliación por primera vez al RAIS efectuada por el demandante resulta nula o ineficaz? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que CÉSAR QUINTERO TOVAR nació el 01 de enero de 1967 (arch.01, pág. 12), nunca estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, se vinculó inicialmente al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en ese entonces por DAVIVIR PENSIONES y CESANTÍAS, luego ING, el **31 de julio de 1996** y, fue cedido por fusión a PROTECCIÓN S.A. el 31 de diciembre de 2012, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.08, pág. 53). Veamos:

Asofondos | Asociación colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

SIAFP

USUARIO: PRMPENUELA02 | MARIA CAROLINA PENUELA PEREZ | 30 de Enero de 2023 | Registrar servicio | Buscar en Wiki SIAFP

Afilados + Personas + Aportantes + Pagos + Estadísticas + Documentación + Entrega HL al RPM + Usuarios + Administrador de Tareas + H

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:55:25 AM
Afiliado: CC 16739512 CESAR QUINTERO TOVAR [Ver detalle](#)

Vinculaciones para : CC 16739512

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
Vinculación inicial	1996-07-30	2004/04/16	ING			1996-07-31	2012-12-30
Cesion por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION ING			2012-12-31	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16739512

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1996-07-30	1996-10-15	01	AFILIACION	ING	

Un item encontrado.
1

De manera que, lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de afiliación a las AFP'S DAVIVIR PENSIONES y CESANTÍAS, luego ING, hoy PROTECCIÓN S.A., en la que, no se le suministró al demandante información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual para pensionarse, así como tampoco se le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que podría recibir en uno y otro régimen -RAIS y RPMPD-.

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 01 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 afilie por primera vez 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 la pertenencia a un régimen, 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 surtir 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 2929 y 1055 de**

2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 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). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida*

del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público". De ahí que, no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

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

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

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) *"(...) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (...)"* lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010 *"(...) existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional"* y que la ineficacia no puede supeditarse a que *"el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse"* (SL-1452-2019).

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

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

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP'S DAVIVIR PENSIONES y CESANTÍAS, luego ING, hoy 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 escoger el RAIS y sus posibles consecuencias futuras, frente al RPMPD, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP'S DAVIVIR PENSIONES y CESANTÍAS, luego ING, hoy 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 afiliación o traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que, no realizaron una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría 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 la demandada, por tanto, el actor desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales y, en consecuencia, 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 al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- de la afiliación al RAIS 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 al afiliado sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuario del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerlo partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer.

Ahora bien, en lo que respecta a que el demandante no estuvo afiliado al RPMPD previo a su vinculación al RAIS, se ajusta a derecho la decisión de instancia en donde se declara la ineficacia de la vinculación inicial al RAIS, pues si bien el efecto de la misma sería retornar al estado anterior, esto es, no tener afiliación alguna al sistema de seguridad social, lo cierto es que, prevalece lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 100 de 1993, en cuanto a la obligatoriedad de cotizar al sistema general de pensiones durante la vigencia de la relación laboral y, por tanto, al ser ineficaz la afiliación al RAIS, es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida la única alternativa vigente a este último y, en consecuencia, procede entonces la afiliación a dicho régimen administrado por COLPENSIONES, tal y como se pide en la demanda, motivo por el cual se **modificará** la decisión en tal sentido.

Conforme lo anterior, habrá de indicarse que resulta **ineficaz la vinculación inicial–en sentido estricto o de pleno derecho- que**, el 31 de julio de 1996 realizó CÉSAR QUINTERO TOVAR al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP'S DAVIVIR PENSIONES y CESANTÍAS, luego ING, hoy PROTECCIÓN S.A. y, en tal virtud, resulta procedente ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., el traslado hacia COLPENSIONES de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros¹, 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 en el RPMPD, revocando la indexación ordenada en primera instancia y que, se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES².

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 del respectivo período de vinculación.

¹ 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...”*

² Artículo 1746 C.C. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...).

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia de la afiliación o 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 dar origen a una relación jurídica de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar la AFP 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 impondrá 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 Corporación³, 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:

³ No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

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

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia No. 136 del 17 de julio de 2023 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- I. **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, del señor **CÉSAR QUINTERO TOVAR**, debiendo trasladarse el mismo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -

RPMPD, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.

- II. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **PROTECCIÓN S.A.**, que dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **TRASLADEN** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del señor **CÉSAR QUINTERO TOVAR**, 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 actor, si fuere el caso.
- III. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, dentro del término antes señalado, a trasladar 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 del 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 en el RPM. Se **REVOCA** la condena de indexación.
- IV. **IMPONER** a **COLPENSIONES**, una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, apelantes infructuosos y, a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de **\$1.5000.000** a cargo de cada una de las demandadas. **SIN COSTAS** por el grado jurisdiccional de consulta.

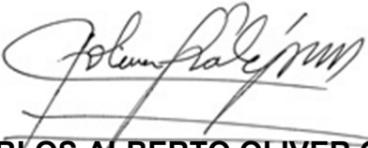
CUARTO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página web de la Rama Judicial en el enlace: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

QUINTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.


MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada


ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada
Salvamento parcial de voto


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: **eb63046b02cff656d38657e901339b7b0f935b60b9f3466b2e2d3193a222bee7**

Documento generado en 15/12/2023 04:41:03 PM

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