

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **GLADYS CASTILLO VELASCO**
VS. **PORVENIR S.A., Y PROTECCION**
RADICACIÓN: **760013105 012 2019 00616 01**

Hoy Veintiuno(21) de mayo de dos mil veintiuno (2021), surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 206 del 26 de febrero de 2021, resuelve la **APELACIONES** de **PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.**, así como la **CONSULTA** a favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia dictada por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GLADYS CASTILLO VELASCO**, contra **PORVENIR S.A., PROTECCION Y COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 012 2019 00616 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 16 de abril de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No24**, tal como lo regulan Los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, en ambiente de virtualidad, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio) y la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020.

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 168

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia del traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como trasladar a Colpensiones todos los valores existentes en su cuenta, así como el pago de los respectivos rendimientos, para que sean incluidos en la historia laboral, por último el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de pensión mínima, en los términos del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante a través de su apoderado judicial, que nació el 19 de septiembre de 1957, que se afilió al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales. Suscribió en junio de 1994, formulario de afiliación con la AFP COLPATRIA. Con posterioridad en el año 1997 se afilió a PORVENIR S.A., nuevamente en el año 1999 regreso a COLPATRIA, y, por último para el año 2003 se afilió a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER, esta última paso a ser en el año 2007 ING y fusionada con PROTECCION, permaneciendo en esta última hasta la fecha de presentación de la demanda.

Informó igualmente que COLPATRIA se fusionó con HORIZONTE PENSIONS Y CESANITAS, siendo absorbida en el año 2013 por la AFP PORVENIR S.A.

Indicó que los fondos de pensiones COLPATRIA, SANTANDER y PORVENIR S.A., no le brindaron la información clara y suficiente sobre las ventajas y desventajas para permanecer en su régimen, ni el capital requerido para financiar una pensión de vejez en el mismo.

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

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y de todas las afiliaciones que la señora Gladys Castillo Velasco, haya tenido con estas administradoras. En consecuencia, ordenó a PROTECCION trasladar los aportes a COLPENSIONES, de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 de C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, debidamente indexados.

APELACIONES

Inconforme con la decisión la apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la sentencia en sus numerales 1º, 2º y 5º, indicando que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, dispone que la afiliación quedará sin efectos cuando sobrevenga situaciones o actuaciones dolosas, las cuales no se acreditaron en el curso del proceso. Sobre este mismo aspecto preciso que cualquier solicitud sustentada en vicios de la voluntad como se alega en la demanda, deben entenderse como nulidad relativa, caso en el cual para que se configure debe haberse celebrado el acto jurídico con una persona relativamente incapaz, o en su defecto cuando la voluntad de los intervinientes adolezca de alguno de los vicios del consentimiento previstos en el artículo 1508 del Código Civil, esto es error, fuerza o dolo, para el efecto el error en que incurrió la demandante por supuesto mal asesoramiento que se relaciona con la naturaleza del RAIS, porque otorgaba unos beneficios distintos a aquello que hubiese recibido la demandante, si hubiera decidido permanecer en el régimen de prima media.

Indico que la demandante si recibió una asesoría, y que su permanencia en el RAIS, a través de diferentes fondos de pensiones, convalidaron su decisión de permanencia, cuya conducta denota que se encontraba conforme con las condiciones ofrecidas, aun en bajo la supuesta desinformación de la liquidación de Colpensiones o desaparición del mismo, siendo esta la razón

informada por la demandante para acceder a su traslado al RAIS, no obstante no realizó ejercicio alguno para su traslado.

Señaló que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, señala que la carga sobre el deber de información recae en cabeza de los Fondos de Pensiones, una vez la demandante firma el formulario de afiliación, la Administradora se encuentra exenta de realizar constancias escrita de las asesorías.

Con relación a la proyección de la mesada pensional, era imposible indicarle a la demandante para la fecha de su afiliación a cuanto ascendería, tornándose obligatoria dicha exigencia a partir de la vigencia de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, constituyéndose un deber de las administradoras de poner a disposición de los afiliados las herramientas que le permitieran conocer las consecuencias del traslado, no obstante para esa fecha la demandante ya contaba con muchos años de afiliación, e igualmente no se encontraba afiliada a PORVENIR.

Por último recalcó que la nulidad relativa no vicia el consentimiento, de quien lo presta de consentimiento de quien lo presta, y en este sentido, es prescriptible y saneable.

Contra la sentencia de primera instancia, igualmente la apoderada de **PROTECCION**, interpuso recurso de apelación, para que se revoque el resolutive 3º, porque la comisión de administración es la que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta del afiliado, de cada aporte del 16% la administradora, les cobra un 3% para cubrir esos gastos y para pagar el seguro previsional a la Compañía de seguros, debidamente autorizado por el art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003.

Que la administración de los dineros por cuenta de protección, se han realizado con diligencia y cuidado, por lo que no es procedente que se ordene la devolución, por cuanto se trata de comisiones ya causadas, descuentos de orden legal.

Indicó que los efectos de la nulidad o ineficacia es volver las cosas a su estado anterior, y por lo tanto el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca

protección debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y menos los rendimientos se causaron, y por ende la tampoco se descontó la comisión de administración, sin embargo el artículo 2573 del Código Civil, habla de restituciones mutuas, frutos intereses y mejoras, por lo que debe entenderse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, de tal manera que estos se generaron en la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP, y por ende en caso de aplicarse el derecho privado, lo que ocurriría sería que la afiliada debería regresar los rendimientos de su cuenta.

Finalmente, solicitó que en caso de que se ordene a Protección devolver a Colpensiones lo descontado por comisión de la Administración, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa, a través de los demandantes, porque estaría recibiendo unos rendimientos con ocasión de la buena gestión y administración de Protección, sin realizar ningún descuento, caso en el cual se estaría frente a una interpretación de la ley, errada, negándose el derecho a la igualdad y privilegiando de manera injustificada una de las dos partes del contrato que fue declarado nulo y suscrito de buena fe.

CONSULTA

Se Conoce en consulta a favor de la nación, como quiera que es aval de la demandada COLPENSIONES, ante la eventual obligación de tener que reconocer la prestación nodal como consecuencia de esta sentencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 22 de abril de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Alegatos de la parte demandante:

El apoderado judicial del demandante, solicita de esta instancia se confirme la decisión del A quo, indicó que el traslado de la demandante, entre varias administradoras del RAIS, no convalida la omisión al deber de información y el buen consejo en que incurrió la AFP COLPATRIA, al momento de diligencias el traslado del RPM al RIAS, así lo ha reiterado en múltiples sentencias este

Tribunal, apoyado en sentencias de las Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Argumentos que, a juicio del alegante, dejan sin piso los excepciones propuestas por las demandas en sus contestaciones.

Alegatos de Protección.

La AFP PROTECCION, sustentó sus alegaciones, en los mismos presupuestos expuestos en el recurso de apelación, adicionalmente señaló que aunque se confirme la ineficacia y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, que para el caso constituyen los rendimientos recibidos por el afiliado, producto de esa buena gestión de la AFP.

Indicó que existen unas prestaciones que no pueden desconocerse por tratarse de contratos que tiene que ver con el derecho laboral, y de la seguridad social, toda vez que se aplican en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubiesen recibido, se llegaría a la conclusión de que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta de ahorro individual.

CONSIDERACIONES:

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

Dentro del plenario quedó plenamente acreditado que **GLADYS CASTILLO VELASCO, nació el 19 de septiembre de 1957**, estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 27 DE OCTUBRE DE 1975 (fl. 64 PDF) hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP COLPATRIA (FL.92 PDF), como se verifica del formulario de afiliación de fecha 20 de junio de 1994; haciendo un cambio horizontal interno en el RAIS afiliándose a PORVENIR S.A, así se extrae del forma de solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias de fecha

10 de diciembre de 1997 (fl. 93 pdf); retornando nuevamente a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTIAS, tal como se verifica del formulario de solicitud de afiliación y traslado de fecha 24 de marzo de 1999 (fl. 94 pdf), para luego continuar en el RAIS, esta vez realizando solicitud de vinculación a PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER el 28 de julio de 2003 (fl. 96 PDF), que luego paso a ser ING, hoy PROTECCION S.A., así lo afirma la demandada en su contestación (fl. 208 pdf).

Se encuentra dentro el expediente (225 pdf), certificado expedido por Asofondos del que se extrae que la demandante se trasladó al RAIS afiliándose en los fondos :

- 1.- COLPATRIA 1994/05/30;
- 2.- PORVENIR 1997/10/12;
- 3.-Nuevamente COLPATRIA 24/03/1999 por cesión fusión a HORIZONTE 2000/09/29, hoy PORVENIR.
- 4.-SANTANDER 2003/07/29 y por fusión de ING, con posterioridad paso a ser PROTECCION el 31/12/2012.

USUARIO: PRVALENCIAMOS | BARRA VALENCIA MORALES | 28 de Octubre de 2018 | Registrar solicitud | Buscar en Web STAFF

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 7:19:31 AM
 Afiliado: CC 34593288 GLADYS CASTILLO VELASCO Medalla

Affiliado: CC 34593288 GLADYS CASTILLO VELASCO Medalla

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de inicio	AFP anterior	AFP nueva	AFP nueva antes de inscripción	Fecha inicio de afiliación	Fecha fin de afiliación
Traslado regimen	1994-05-30	2004/04/10	COLPATRIA	COLPENSIONES		1994-07-01	1999-01-31
Traslado de AFP	1997-12-10	2004/04/10	PORVENIR	COLPATRIA		1998-03-01	1999-04-30
Traslado de AFP	1999-03-24	2004/04/10	COLPATRIA	PORVENIR		1999-05-01	2000-09-28
Cesión por fusión	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2003-08-31
Traslado de AFP	2003-07-28	2004/04/10	ING	HORIZONTE	HORIZONTE	2003-09-01	2012-12-30
Cesión por fusión	2012-12-31	2012/12/29	PROTECCION ING			2012-12-31	

0 registros encontrados, visualizando todos registros.

Fecha de vinculación	Fecha de ingreso	Código de negocio	Afiliación	Desafiliación	AFP	AFP asociada
1994-05-30	1996-06-13	01	AFILIACION		COLPATRIA	
1997-12-10	1998-10-29	07	TRASLADO DE ENTRADA		PORVENIR	COLPATRIA
1997-12-10	1998-01-29	03	TRASLADO DE SALIDA		COLPATRIA	PORVENIR
1999-03-24	1999-04-13	79	TRASLADO AUTOMATICO		COLPATRIA	PORVENIR
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION		COLPATRIA	HORIZONTE
2003-07-28	2003-08-06	78	TRASLADO AUTOMATICO		ING	HORIZONTE

0 registros encontrados, visualizando todos registros.

Imprimir Registrar

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la demandante prestó servicios como **trabajadora del sector privado cuando se trasladó al Régimen de Ahorro Individual.**

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula, al considerar que la Administradora PROTECCION ultimo fondo donde curso su traslado por fusión con ING, omitió brindarle información veraz acerca de las diversas variables económicas y cálculos matemáticos que influirían en el monto de la pensión de vejez. Que por su parte las restantes AFP's COLPATRIA (hoy PORVENIR), PORVENIR, COLPATRIA (hoy Porvenir), SANTANDER (hoy PROTECCION) 2003/07/29, donde estuvo afiliada, omitieron suministrarle información veraz que hiciera que su consentimiento fuera suficientemente informado.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”.** Y el artículo 114 ibidem expresa: ***“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones (...)”***

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

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, “podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.” Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”.**

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso 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 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 STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), SL-3464-2019 (14-08-2019), SL-4426-2019, **SL-1689-2019**, 1688, SL-76284-2019, **SL-1452-2019**, SL-1421-2019, **SL-4964-2018**, **SL4989-2018**, SL17595-2017 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), 46.292 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 **SL31314**, del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

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

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”.*

incorporada en el número 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es “no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”.

Lo cual implica, en síntesis para la Corte:

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

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

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) “(...) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (...)” lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010 “(...) existirá

ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” SL-1452-2019.

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

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

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP`s COLPATRIA, PORVENIR, HORIZONTE e ING., al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP`s AFP`s COLPATRIA (hoy PORVENIR), PORVENIR, HORIZONTE (hoy Porvenir) e ING (hoy PROTECCION), 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 COLPATRIA, PORVENIR, HORIZONTE e ING., 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 fortalece en 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).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutiveos segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia, pues habrá de modificarse indicando que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que el 30 de mayo de 1994 (fl. 225 PDF)** realizó GLADYS CASTILLO VELASCO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP **COLPATRIA, hoy Porvenir**, y su posterior traslado entre AFP's **PORVENIR.**, regresando nuevamente a la AFP **COLPATRIA, hoy Porvenir**, afiliándose con posterioridad a la AFP **HORIZONTE, hoy Porvenir**, y por último a **SANTANDER hoy Protección**, 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 financieros², 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

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..."*

y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

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

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

Respecto de los gastos de administración, **sentido de la apelación de PROTECCION**, 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, la que deberán subsanar **PORVENIR y PROTECCION**, 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

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 (...).”

viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

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

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación⁴, al afirmar:

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

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

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

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

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

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,

R E S U E L V E:

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

I.ORDENAR a los fondos **PORVENIR** y **PROTECCION**, para que en el término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante GLADYS CASTILLO VELASCO., como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas,

y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán a la demandante, si fuere el caso.

II. CONDENAR a PORVENIR y PROTECCION., en el término indicado en el numeral anterior, regresar 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 **GLADYS CASTILLO VELASCO**, 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 la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales a la afiliada demandante **GLADYS CASTILLO VELASCO**.

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

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

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.

NOTIFIQUESE,

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada

Se suscribe con firma escaneada,
por salubridad pública
(Art. 11 D. 491 del 28-03-2020 y Art. 22,28 Ac. PCSJA20-11567 DEL 5-06-2020)



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Firmado Por:

MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 008 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:

b9ce2ce6a26518f763d790b2d2cde6806cb4710bd3e5af36013255c6dbf04afe

Documento generado en 20/05/2021 08:59:45 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>