

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE CLARA INÉS VALENCIA VALENCIA
VS. PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 003 2021 00027 01

Hoy **16 de julio de 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. 580 del 31 de mayo de 2021, resuelve las **APELACIONES** formuladas por las demandadas **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de ésta última, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CLARA INÉS VALENCIA VALENCIA** contra **PROTECCIÓN S.A. y OTROS**, con radicación No. **760013105 003 2021 00027 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **18 de junio de 2021**, celebrada, como consta en el **Acta No 42**, 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 263

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia de la afiliación y/o traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, debiéndose trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, rendimientos, semanas cotizadas, costas y agencias en derecho.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante, a través de su apoderada judicial que, nació el 31 de julio de 1962 (sic), iniciando sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales desde el 13 de marzo de 1991; que el 04 de agosto de 1994 firmó formulario de solicitud de vinculación con PROTECCIÓN S.A., entidad que, no le brindó información idónea ni especializada frente a las ventajas y desventajas de respecto del traslado de régimen, ni le informó sobre el capital que debía tener para gozar de una pensión digna, ni otras circunstancias relativas a su pensión, como tampoco que contaba con la posibilidad de regresarse al ISS cuando estuviera entre los 46 y 47 años. Agrega que, de haber sido asesorada en forma idónea, no se hubiese trasladado del ISS al fondo privado y la prueba de la falta de información, es la gran diferencia económica que se refleja en la proyección pensional, y es así, el 07 de octubre de 1996 se trasladó a PORVENIR S.A. y, posteriormente, el 13 de diciembre de 20014 a COLFONDOS S.A. Culmina indicando que, tiene un total de 1214 semanas cotizadas y un capital de \$288.521.193, y que solicitó el traslado ante COLPENSIONES, el cual fue negado.

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES**, se opusieron a las pretensiones, pues consideraron que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. Además de encontrarse la demandante a menos de 10 años de cumplir con el requisito de edad pensional. A **COLFONDOS S.A.** se le tuvo por no contestada la demanda por auto 860 del 20 de abril de 2021.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el 11 de mayo de 2021 por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, por cuya parte resolutive se dispuso:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado que hizo la señora **CLARA INES VALENCIA**, al Régimen de Ahorro Individual administrado por ING hoy PROTECCION S.A, y el posterior traslado entre fondos a PORVENIR S.A y finalmente a COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **SE ORDENA** a **COLFONDOS S.A.**, trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de

administración pertenecientes a la cuenta de **CLARA INES VALENCIA**, al Régimen de Prima Media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES -.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES-** que proceda aceptar el traslado de **CLARA INES VALENCIA** del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida, junto con el dinero que tenga en su cuenta individual y sus rendimientos financieros.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte vencidas en juicio. Se fija la suma de \$1.000.000 como agencies en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de PROTECCION S.A.; \$1.0000.000 como agencies en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de PORVENIR S.A. 1.000.000 como agencies en derecho, a favor de la parte actora y a cargo de COLFONDOS S.A.

Se **ABSUELVE** de este rubro a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES por las razones señaladas en la parte motiva.

APELACIONES

COLPENSIONES apela la decisión, argumentando que, los demandantes cuentan con más de 47 y 52 años y para la época del traslado al RAIS, estaban en pleno derecho de hacer la afiliación, lo que indica un procedimiento acorde a la ley, pues de haberse negado el traslado se incurriría en una violación al derecho de la libre elección de régimen. Señala que, al no existir vicio en el traslado, pues la actora manifestó su consentimiento de manera libre y voluntaria al realizarlo, se encuentra válidamente afiliada al RAIS, por lo que, no es procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, además que, conforme a la ley 797 de 2003 los afiliados solo podrán trasladarse de régimen cuando les faltare 10 años o menos para cumplir la edad para la pensión de vejez, lo que no ocurre en este caso. Así las cosas, solicita se revoque la sentencia y se absuelva de las pretensiones de la demanda.

COLFONDOS S.A.: interpone apelación en contra del numeral 2° de la sentencia 108, que ordenó el traslado de los gastos de administración, arguyendo que, de cada aporte del 16% realizado por la demandante, un 3% fue destinado para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional, el cual está debidamente autorizado por la ley durante el tiempo que estuvo afiliada a COLFONDOS, entidad que administró sus dineros de la cuenta de ahorro individual, gestión que se evidencia en los rendimientos financieros generados. Agrega que, no es procedente realizar la devolución de tal emolumento, ya que su representada ya ha descontado los gastos de administración, por cuanto están ya causados, además de estar autorizados por la ley como contraprestación de una buena gestión de administración. En consecuencia, solicita que en caso de confirmarse la sentencia, se revoque lo ordenado en relación con la devolución de los gastos de administración a cargo de COLFONDOS.

Los demandados PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. no interpusieron recurso de apelación.

CONSULTA

Igualmente, por haber resultado la decisión desfavorable a la demandada COLPENSIONES, se impone a su favor el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de junio 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.

La apoderada judicial de COLPENSIONES, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en los argumentos expuestos en la contestación y, en consecuencia, solicita se revoque la decisión para que en su lugar se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda.

Por su parte, la apoderada judicial de PORVENIR S.A., solicita se confirme el fallo de primera instancia, en lo concerniente a la absolución de 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, ¿El traslado de régimen de la demandante resulta nulo o ineficaz?

Dentro del plenario quedó plenamente acreditado que **CLARA INÉS VALENCIA VALENCIA** nació el 30 de julio de 1962 (*según cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento*), y conforme a historia laboral, estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 13 de marzo de 1991 y hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP CESANTÍAS y PENSIONES COLMENA, luego ING, hoy PROTECCIÓN S.A., efectivo desde el 04 de agosto de 1994 (fl. 34) y reporta movilidad hacia PORVENIR S.A. el 07 de octubre de 1996 (fl. 35), y finalmente a COLFONDOS S.A. el 13 de diciembre de 2001 (fl. 49),

tal como se registra en los formularios de solicitud de vinculación, dando también cabal reporte de ello, la certificación de Asofondos. Veamos:

LA ASOCIACION COLOMBIANA DE ADMINISTRADORAS DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS

INFORMA QUE:

En el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones y de Cesantía (SIAFP), administrada por esta Asociación, el (la) señor(a) **CLARA INES VALENCIA VALENCIA** identificado(a) con Cédula de ciudadanía (CC) No. 34539665, figura como afiliado(a) a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS, desde el trece (13) de DICIEMBRE de dos mil uno (2001). Y presenta los siguientes registros en este régimen.

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	AFP destino	AFP origen	Fecha inicio efectividad	Fecha fin efectividad
Traslado regimen	1994-08-04	ING	COLPENSIONES	1994-09-01	1996-11-30
Traslado fondo	1996-10-07	PORVENIR	ING	1996-12-01	2002-01-31
Traslado fondo	2001-12-13	COLFONDOS	PORVENIR	2002-02-01	

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula y/o ineficaz, al considerar que las AFP demandadas COLMENA e ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., le informaron que le convenía trasladarse al régimen de ahorro individual porque se iba a pensionar con mejores condiciones económicas y de edad, insistiendo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar y a desaparecer, perdiendo todas las cotizaciones realizadas y bonos pensionales que estaban a cargo del Seguro Social.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b), de la ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado,** quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”. Y el artículo 114 ibídem expresa: ***“Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud***

*de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones** (...)*”

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

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

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso 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 SL-2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 782, **1217** y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689**, **1688**, **1421**, **1452**, SL-76284-2019, **SL4989**, **4964**, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de 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”*,

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”.*

pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, 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 -sentencia SL3752 de 2020-, era necesario e imprescindible que, las AFP`s COLMENA e ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP`s demandadas, no demostraron haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la 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, éstas 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 accionadas, por tanto, la demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de

transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia derivada del hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas y la ausencia de igualdad negocial en una suerte de nexo de adhesión para quien es lego en la materia.

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

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación del resolutivo segundo de la parte resolutive de la sentencia, habrá de indicarse que, resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho– que el 04 de agosto de 1994** realizó la demandante CLARA INÉS VALENCIA VALENCIA del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP CESANTÍAS y PENSIONES COLMENA, luego ING, hoy PROTECCIÓN S.A., y su posterior traslado entre AFP's a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.; en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros²,

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...”*

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

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

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

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado "en sentido estricto o de pleno derecho", determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales 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 actora, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberán subsanar COLMENA e ING, hoy, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización,

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 (...).

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

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

I. ORDENAR a los Fondos de Pensiones COLMENA e ING hoy **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, que dentro de

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.

los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante **CLARA INÉS VALENCIA VALENCIA**, 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 COLMENA e ING, hoy, **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, a que, dentro del término antes señalado, devuelvan 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 cada uno las cotizaciones de la demandante **CLARA INÉS VALENCIA VALENCIA**, 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.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **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 **CLARA INÉS VALENCIA VALENCIA**.

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

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

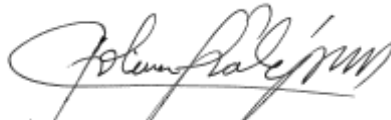
QUINTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho,

comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

(firma electrónica)
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Firmado Por:

MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
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:
3246a4378abd6b000226832a561be73360729b8eba552213774f03730b3de2e6
Documento generado en 15/07/2021 05:22:08 PM

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