

°REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **EDUARDO FRANCISCO CAICEDO BRAVO**
VS. **PROTECCION, COLFONDOS, PORVENIR Y COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 006 2018 00138 01**

Hoy treinta (30) de septiembre 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. 1026 del 31 de agosto de 2021, resuelve la **APELACION** de la parte demandante frente a la sentencia **108 de 10 de abril de 2019**, proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **EDUARDO FRANCISCO BRAVO CAICEDO** contra **PROTECCION S.A., COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 006 2018 00138 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 11 de junio de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.40**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 405

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad 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 restituir a Colpensiones todos los valores y la información de la vida laboral que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones junto a todos los frutos, rendimientos e intereses de su cuenta de ahorro individual.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante, a través de su apoderada judicial, que nació el 26 de septiembre de 1960, afiliándose al Instituto de Seguros Sociales, con cotizaciones desde 1975, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. en 1998, creyendo que constituía su mejor opción pensional, de acuerdo a los atractivos ofrecidos por los asesores comerciales de dicha entidad. En el año 2002 se trasladó a COLFONDOS S.A. y se cambió al fondo PROTECCION S.A. en el año 2005, regresando nuevamente a PORVENIR S.A. en el año 2008.

Las demandadas **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCION 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI profirió sentencia 108 de 10 de abril de 2019, absolviendo de las pretensiones, porque encontró que se brindó la asesoría necesaria y suficiente, después de surtido su primer traslado. Que el demandante tuvo la oportunidad de trasladarse de régimen antes de encontrarse a 10 años o menos de acceder a la pensión de vejez, no obstante, decidió migrar a los distintos fondos de pensiones, en un mismo régimen. Indicó que solo con la expedición de la Ley 1438 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 resultó claro que las AFP debían poner a disposición de los

afiliados las herramientas financieras que les permitieran conocer las consecuencias del traslado.

Observó así, que la asesoría brindada fue integral y completa respecto de la decisión de trasladarse de régimen y entre AFP's, libre de coacción, presión o vulneración de la libre voluntad. Que el demandante contó con la información suficiente para entender las implicaciones de permanecer en el RAIS, tal como se desprende de la asesoría dada por Protección S.A. el 3 de mayo de 2005 fecha de radicación de la solicitud de traslado la cual se validó y aprobó el 14 de junio de 2005.

Encontró demostrado en el informativo que el 8 de mayo de 2007, el demandante recibió una reasesoría en la cual se le realizó una proyección comparando la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con el simulador pensional Aspen, la cual fue firmada por el demandante, advirtiendo que esa proyección no debe entenderse como una situación jurídica consolidada y mucho menos como un derecho reconocido, puesto que ésta depende del salario, el IBC, del valor del bono pensional, de la tasa de descuento, del bono pensional, de las semanas cotizadas y de la semanas por cotizar, para reunir los requisitos para pensionarse.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión absolutoria del *A quo*, el apoderado judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, señaló que el Despacho dio total credibilidad a los argumentos expuestos por las entidades demandadas en sus contestaciones, los cuales carecen de medios probatorios dentro del proceso. Que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que quien tiene la carga de probar que brindaron la información correspondiente a los afiliados corresponde únicamente a los fondos y no que sea el demandante quien debe demostrar lo contrario, máxime si se tienen cuenta que en los hechos contenidos en la demanda lo que se realizaron fueron afirmaciones negativas. Siendo evidente que los fondos no brindaron la información correcta y oportuna que acarrearba

el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Solicita finalmente se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del seis (6) de septiembre 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 la Administradora Colombiana de Pensiones - **Colpensiones**-, en sus alegatos señaló que en virtud de lo expuesto en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en cabeza del afiliado recae la potestad exclusiva de elegir el régimen pensional al cual desean vincularse, por tanto, al mediar formulario de afiliación al RAIS para los asuntos en que se pretende la declaratoria de nulidad del acto jurídico, a luz de la norma en cita, constituyen plena prueba de la voluntad del afiliado al momento de efectuar el traslado.

La **AFP PORVENIR S.A.**, a través de su apoderado en sus alegatos, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, advirtió que dentro del proceso no hubo vicio alguno y menos las causales previstas en el artículo 1714 del CC, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz con la AFP.

Que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece que cualquier persona natural y jurídica que atente contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio del Trabajo, y que si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que no se refiere la norma a lo dispuesto en el artículo 1740 del C.C., por el principio básico de derecho que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas, para resolver un asunto en concreto. Que el artículo 899 del Cco, también enseñan que el acto o negocio jurídico, contrario a una norma, que tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, es nulo absolutamente, norma que tampoco aplica en este asunto. Presupuestos normativos que no fueron alegados ni demostrados en el proceso.

Señaló que en virtud de lo dispuesto en los artículos 243 y 244 del CGP, el párrafo del artículo 54 del CPT y el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del CGP, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo. Solicita se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar absolver a la demanda.

El apoderado de la Administradora **AFP PROTECCION S.A.**, presentó sus alegatos y solicitó que se revoque la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con los gastos de administración, mismos con los que se cubre el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el RAIS como para el RPM. Que los dineros depositados en la cuenta del actor, se han administrado con suma diligencia y cuidado, por lo que se han generado importantes rendimientos, no siendo procedente que se ordene la devolución de lo que la actora descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley. Que como la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen es que los dineros vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende PROTECCION S.A., debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión, sin embargo en aplicación al artículo 1746 del CC, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado es el rendimiento de la cuenta del RAIS.

El apoderado judicial del demandante, presentó sus alegaciones solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, porque si bien se encuentra acreditado que el 30 de noviembre de 1998 se afilió la AFP PORVENIR S.A., le hubiese suministrado información clara y precisa sobre las características,

condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, esa carga le correspondía a la AFP.

CONSIDERACIONES:

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

Dentro del plenario quedó acreditado que **EDUARDO FRANCISCO CAICEDO BRAVO** nació el **26 de septiembre de 1960** (fl. 33 Cuaderno 2 Mercurio PDF), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 21 de agosto de 1975 (fl. 34 cuaderno 2 PDF), hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, tal como se registra en el certificado expedido por ASOFONDOS.

Hora de la consulta : 11:23:29 PM
Afiliado: CC 12971061 EDUARDO FRANCISCO CAICEDO BRAVO
Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para CC 12971061							
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 por responsabilidad del empleador	1997-12-09	2016/06/11	COLPENSIONES			1997-12-10	1998-12-31
Traslado regimen	1998-11-30	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1999-01-01	2002-12-31
Traslado de AFP	2002-11-19	2004/04/16	COLFONDOS	PORVENIR		2003-01-01	2005-06-30
Traslado de AFP	2005-05-23	2005/06/17	PROTECCION	COLFONDOS		2005-07-01	2008-11-30
Traslado de AFP	2008-10-10	2008/11/20	PORVENIR	PROTECCION		2008-12-01	

5 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para CC 12971061						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1998-11-30	1998-12-04	01	AFILIACION	PORVENIR		
2002-11-19	2002-12-06	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	PORVENIR	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

De donde se desprende que estuvo registrado en la AFP **PORVENIR S.A.** desde el **30 de noviembre de 1998**, cursando traslado a **COLFONDOS S.A.** el **19 de noviembre de 2002**, posteriormente a **PROTECCION S.A.** el **23 de mayo de 2005** y por último, retornando a **PORVENIR S.A.** el **10 de octubre de 2008**.

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

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, la AFP al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministrara 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, pues ninguna prueba de ello obra en el plenario, ni siquiera de aquel formulario supuestamente suscrito en el mes de 30 de noviembre de 1998 y donde la demandada Protección S.A. al contestar la demanda, escuda su deber de información en la impronta genérica contenida en aquel formulario y que anuncia la escogencia del Régimen de Ahorro Individual en forma libre, prueba que se reitera, brilla por su ausencia y de la que no se logra información.

Sumado a lo anterior, considera la Sala que dicho yerro cometido en 1998 no puede refrendarse con un acto *a posteriori* como lo es la asesoría realizada el 8 de mayo de 2007, según se desprende del documento **“PROYECCIÓN DE LA PENSION EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL”**

aspen

Página 1 de 2

Simulador Pensional ASPEN

Martes 8 de mayo de 2007, 7:36 AM

PROYECCIÓN DE LA PENSIÓN EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL



Resultados Pensión Anticipada

Cédula: 12345678

Nombre: EDUARDO FRANCISCO CAICEDO BRAVO

Fecha de nacimiento: 26/08/1982

Sexo: Masculino

Edad Cónyuge: 48

Años Totales Cotizados: 14.40

Años Cotizados a la fecha de traslado: 12.67

Años Cotizados a Proyección: 1.73

Fecha de Traslado (Régimen): 30/11/1996

Salario Actual: \$ 594.345

Salario Base: 30/08/1992

Salario Base: 779.196

Bono Pensional

Valor Bono a la Fecha de Emisión: 92

Fecha de Emisión del Bono:

Cuenta Individual

Valor Cuenta Individual: \$ 114.596.743

Fecha cuenta individual: 30/05/2007

Valor del Bono en la Fecha de Traslado: \$ 16.038.494

Valor del Bono actualizado y capitalizado a hoy: \$ 237.062.507

CÁLCULO DE PENSIÓN EN EL RAJ A LOS 62 AÑOS

Salario a Junio 30 de 1992

779.196

885.379

Vr. Cuenta Individual a fecha de pensión

562.744.526

562.744.526

Vr. Bono Pensional Capitalizado a fecha de pensión

+33.492.196

368.964.327

Tasa estimada de negociación

0.00

0.00

Vr. Cupón principal negociado

+33.492.196

368.964.327

Vr. Mesada

8.696.267

8.696.212

Porcentaje IBI

75.81%

69.2%

Número de mesadas al año

13

13

Ingresos anuales

79.116.887

74.678.750

PENSIÓN ISS

SIN RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Edad de Pensión

62

Valor de la Pensión

5.422.330

IBL

8.594.345

NIBL

62.1%

Fecha de pensión

26/09/2022

Número de mesadas al año

13

Ingreso Anual

79.480.288

Consejos

N/A : El afiliado no puede pensionarse anticipadamente a esta edad, porque el capital no le alcanza para financiar una pensión del 110% del SM-LV a la fecha de la expedición de la ley 100 de 1.993, actualizado anualmente al IPC.

GPM : El afiliado tendrá derecho a las garantías de pensión mínima del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DS : A partir de los 57 años para mujeres y de los 62 años para hombres, si la pensión es inferior a un mínimo y si no cumple con el tiempo de cotización exigido por la ley para GPM, se genera una devolución de saldos.

IS : El afiliado tendrá derecho a la indemnización sustitutiva bajo el

<https://extranet.proteccion.com.co/aspen/ResultadoPensionConsolidado>

08/05/2007

En efecto, ni aún con dicha información, la AFP no demostró 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 no se realizó desde el primer momento, 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, cuando adquiriera los requisitos en el RPM, cotejando con las modalidades y condiciones a los que

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO 8

tendría derecho en el RAIS. Ninguna prueba al respecto aporta el expediente, pese a estar radicada en su cabeza la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. La asesoría y reasesoría implica gestar la comprensión de las aristas de un régimen de ahorro individual.

En este sentido, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales ni su modalidad de financiación, desde la fecha en que realizó el traslado de régimen lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide el demandante se declare nula, al considerar que las AFP's, lo defraudaron y engañaron pues las promesas ofrecidas en el momento de su vinculación y sucesivos traslados se tornaban ahora mentirosas, especialmente en lo que se refiere a que su pensión de acuerdo a los rendimientos de su capital y a su bono pensional en el RAIS. Indicó que no medió una asesoría pensional suficiente, en la que se le explicara y documentara sobre las condiciones pensionales a las que se sometería en el régimen de ahorro individual, lo que le permitiera entender las características y diferencias de ambos regímenes pensionales.

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 del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe 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 cargos de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa

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”.*

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”.

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 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, habrá de revocarse la sentencia absolutoria apelada y, en su lugar, se declarará que resulta ineficaz el traslado -en sentido estricto o de pleno derecho- que el 30 de noviembre de 1998 realizó EDUARDO FRANCISCO CAICEDO BRAVO, del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual a través de las AFP's PORVENIR S.A., así como también, los subsecuentes cambios entre Fondos COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., y 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,

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*
M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

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 durante el tiempo de permanencia en cada una de ellas.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que deben subsanar **PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A.** con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”

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

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.”

Costas en ambas instancias a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, a cargo de cada fondo.

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.

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: REVOCAR la apelada sentencia No. **108 de 10 de abril de 2019**, para en su lugar:

I. DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado que **EDUARDO FRANCISCO CAICEDO BRAVO** realizó desde el Régimen de Prima Media, administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la **AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

II. ORDENAR a las AFP **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante **EDUARDO FRANCISCO CAICEDO BRAVO**, si fuere el caso.

III. CONDENAR a las AFP **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones 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 de no haberse generado el traslado.

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: COSTAS en ambas instancias a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCION S.A., a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000, por cuenta de cada Administradora.

TERCERO: 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,

-Firma Electrónica-

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Magistrado

Firmado Por:

Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

440c128e665852a88393ac69f6452dff51bd7eaec0a37b8c3417d40c344d2eb3

Documento generado en 29/09/2021 09:31:59 PM

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