REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **GUSTAVO VELÁSQUEZ BURBANO**
VS. **PROTECCION S.A. , COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 009 2020 00218 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. 580 del 31 de mayo de 2021, resuelve la **APELACION** interpuesta por la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, y la **CONSULTA** frente a la sentencia **121 de 6 de abril de 2021**, proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GUSTAVO VELASQUEZ BURBANO** contra **PROTECCION S.A., COLFONDOS, PORVENIR** y **COLPENSIONES,** con radicación No. **760013105 009 2020 00218 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 17 de junio de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.41,** 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 la **apelación y consulta** que corresponde a la…

SENTENCIA NÚMERO 406

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad y/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 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 20 de julio de 1958, cuenta actualmente con 61 años de edad, afiliándose al Instituto de Seguros Sociales a partir de 1986, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS en 1999, posteriormente se afilió a ING PENSIONES Y CESANTIAS hoy PROTECCIÓN S.A. Posteriormente en el año 2002, se trasladó a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.. Indicó el demandante que los representantes de los respectivos fondos omitieron cumplir con el deber de información necesaria para tomar una decisión tan trascendental para la vida personal y familiar, en especial informar, los requisitos para la pensión de vejez en el RAIS, junto con sus características, creyendo que constituía su mejor opción pensional, de acuerdo a los atractivos ofrecidos por los asesores comerciales de dicha entidad. Que realizó la solicitud de traslado el día 18 de junio de 2014, ante COLPENSIONES, la cual fue negada aduciendo que no es procedente dar trámite a la solicitud por cuanto se encuentra a menos de 10 años para pensionarse. Indicó que le realizaron el ejercicio de simulación pensional entre ambos regímenes, obteniendo una mesada muy superior a la del RAIS.

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.

Al proceso igualmente se convocó al Ministerio PÚblico, guardando silencio del traslado de la demanda realizado por la *A quo.*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI profirió sentencia 121 de 16 de abril de 2021, en cuya resolutiva, dispuso declarar no probadas las excepciones propuestas, la ineficacia del traslado a COLFONDOS S.A., DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN y PORVENIR, disponiendo el traslado de los aportes recibidos con motivo de la afiliación, junto con sus respectivos rendimientos financieros.

En sustento señaló que los actos de vinculación y afiliación suscritos por el demandante, no se encuentran afectos por vicios del consentimiento, no obstante no existe evidencia de que el asesor o los asesores de Colfondos S.A., Davivir S.A. hoy Protección y Porvenir S.A., explicaran al accionante las consecuencias de su traslado como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Que la solicitud de traslado al régimen de pensiones, que aparece firmada por el demandante, no sirve como elemento demostrativo para probar su pleno conocimiento sobre sus implicaciones, ni se convalida con los traslados de administradora, correspondiéndoles la carga de la prueba.

Tampoco observó el Juzgado, comunicado dirigido al actor por parte de Colfondos, Protección o Porvenir, a fin de que se acercara a recibir la asesoría necesaria, del derecho que tenia de retractarse de la afiliación, conforme al inciso 3º literal b), del Decreto 1161 del 3 de junio de 1994, y respecto de la posibilidad de regresar al RPM conforme a lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003, y la fecha límite para ejercer dicho derecho, pues el comunicado de prensa emitido en general para todos los afiliados no suple la información que en tal sentido debía realizarse en forma directa al actor.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, arguyó que si bien la ley 797 de 2003, permite el retorno del RAIS al RPM, exige la permanencia de 5 años en el régimen desde el cual se quiera desvincular y que no falten 10 años o menos para cumplir la edad para reconocimiento de pensión, traslado que no puede hacerse efectivo en cuanto constituye una desmejora para quienes han ingresado al sistema de manera permanente y continua.

De igual forma COLPENSIONES no está obligada a reconocer el derecho pretendido por el accionante, toda vez que el traslado que realizó el demandante en su momento al RAIS, lo hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones.

Concluyó señalando que la sentencia vulnera a futuro la sostenibilidad financiera de Colpensiones, que tendrá a su cargo el reconocimiento de la pensión, los intereses moratorios y demás costos, sin haber recibido los aportes del demandante durante toda su vida laboral.

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 AFP PORVENIR S.A., a través de su apoderada 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 enseña que el acto o negocio jurídico, contrario a una norma,

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 y el parágrafo del artículo 54ª del CPT, contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que 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.

Indicó que los afiliados al RAIS son considerados consumidores financieros, lo que se les impone un deber y una obligación de informarse de manera diligente y oportuna acerca del Sistema General de Pensiones. Señaló que la acción reclamada se encuentra prescrita, porque al tratarse de una supuesta falla u omisión en el deber de información, el derecho entonces comenzó hacerse exigible a partir del 2002, lo que indica que los supuestos vicios no puedan reclamarse en cualquier tiempo.

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.

C O N S I D E R A C I O N E S:

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación 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?*

Dentro del plenario quedó acreditado que **Gustavo Velásquez Burbano, nació el 20 de julio de 1958** (fl. 3 PDF anexo 4) estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 10 de noviembre de 1977 (fl. 11 anexo 4 PDF), hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, tal como se registra en el certificado expedido por ASOFONDOS.

20/1/2021 SIAFP

asofondos SIAFP

USUARIO: PRINULIDADES | PROCESO DE NULIDADES | 20 de Enero de 2021 | Buscar en Wiki SIAFP

Afiliados | Personas | Aportantes | Pagos | Estadísticas | Documentación | Entrega HL al RPM | Usuarios | Administrador de

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:23:38 AM
Afiliado: CC 16626594 GUSTAVO VELASQUEZ BURBANO

Vinculaciones para : CC 16626594

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
Traslado regimen	1998-12-15	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1999-02-01	1999-11-30
Traslado de AFP	1999-10-22	2004/04/16	ING	COLFONDOS		1999-12-01	2002-02-28

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16626594

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Codigo de novedad	Descripción	AFP	AFP inusucrada
1998-12-15	1998-12-23	01	AFILIACION	COLFONDOS	
1999-10-22	1999-11-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	COLFONDOS
2002-01-30	2002-02-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	PORVENIR	ING

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

De donde se desprende que le demandante se trasladó del régimen de prima media, a **COLFONDOS** el 15 de diciembre de 1998; posteriormente se afilió el 22 de octubre de 1999 a **ING, hoy PROTECCION S.A.** y cursó una última afiliación a la **AFP PORVENIR S.A.** el 30 de enero de 2002.

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 **el 15 de diciembre 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.

Las AFP’s 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 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 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 2º del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que ***"La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador**, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria".*

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso 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 surtirse de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-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 Ortíz), **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 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

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

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

Lo cual implica, en síntesis para la Corte:

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

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de 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.

Por lo anterior, habrá de modificarse la sentencia apelada en sus numerales segundo a sexto y, en su lugar, se declarará que resulta ineficaz el traslado -en sentido estricto o de pleno derecho- que el 15 de diciembre de 1998 realizó GUSTAVO BURBANO VELASQUEZ, del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual a través de las AFP's COLFONDOS., así como también, los subsecuentes cambios entre fondos ING (hoy PROTECCIÓN) y PORVENIR, 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 financieros[2], historia laboral actualizada

[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*

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.

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

---

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 (…)".

en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

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

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

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

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

Costas de segunda instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, apelante infructuoso, se fijan como agencias en derecho la suma de $ 1'000.000, a cargo de COLPENSIONES.

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:

[4] No. radicación 11001032500020080007000 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR la apelada sentencia No. **121 de 16 de abril de 2021**, en sus numerales segundo a sexto de la demanda para en su lugar:

I. DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado que **GUSTAVO VELASQUEZ BURBANO** realizó desde el Régimen de Prima Media, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la **AFP's COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**

II. ORDENAR a las **AFP's 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 **GUSTAVO VELASQUEZ BURBANO**, si fuere el caso.

III. **CONDENAR** a las **GUSTAVO VELASQUEZ BURBANO,** 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 de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES, apelante infructuoso, a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de $ 1’000.000.

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:
641b90e9097bb585fd06d051586a2927bbc854c433d0f3044b700734b444a374

Documento generado en 29/09/2021 09:31:48 PM

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