

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **HECTOR HUGO TELLEZ**
VS. **PROTECCION Y COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 013 2017 00688 01**

Hoy treinta (30) de septiembre 2021, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 206 del 26 de febrero de 2021, resuelve la **APELACION** de la parte demandante, contra la Sentencia 011 de 24 de enero de 2019, proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **HECTOR HUGO TELLEZ** contra **PROTECCION S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 013 2017 00688 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 28 de mayo de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.36**, 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** que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 409

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 30 de diciembre de 1955, afiliándose al Instituto de Seguros Sociales desde el 21 de agosto de 1975, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCION S.A., el 1 de julio de 1996, creyendo que constituía su mejor opción pensional, de acuerdo a los atractivos ofrecidos por los asesores comerciales de dicha entidad.

Las demandadas **PROTECCION** 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 TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI profirió la Sentencia 011 de 24 de enero de 2019, la cual sustentó en los lineamientos sobre la ineficacia de traslado y nulidad de la Corte Suprema de Justicia, acerca de la obligación de los fondos pensionales, para brindar la información específica y completa. Señaló que no cuenta el proceso con información alguna integral brindada por los agentes del fondo en abril de 1996, al afiliado para que tomara una decisión, con pleno conocimiento, frente a su traslado al RAIS.

No obstante, dio crédito al formato de reasesoría al demandante (fls.111 y115) y la proyección de su derecho pensional, donde el fondo privado

advierde que no le conviene continuar en PROTECCIÓN S.A., aplazando el afiliado la toma de la decisión sin acreditar la actitud de traslado consecuente con la reasesoría.

Señaló que se refleja en el simulador pensional recibido por el actor el 21 de febrero de 2006, que tanto el porcentaje del IBL como el valor de la mesada en el RPM serian superiores. Que cuando recibió la asesoría (a los 50 años de edad) el asegurado pudo haberse trasladado hasta el 30 de diciembre del año 2007, por lo que concluyó que la permanencia del actor estuvo informada, con las consecuencias pensionales y con los datos específicos que permiten establecer las diferencias o desventajas entre un régimen y otro. De otro lado, consideró que aún si se hubiese identificado la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, ninguna responsabilidad le cabe a COLPENSIONES que no participó en ninguna de las etapas de asesoría inicial para la afiliación y reasesoría por no serle entonces imputable tal gestión y tal actividad al RPM.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión absoluta del *A quo*, la apoderada judicial de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, señaló que se encuentra establecido que el consentimiento del demandante está viciado de nulidad por dolo, conducta que estuvo presente en el momento de la firma del contrato mediante la cual se hizo el traslado del RPM al RAIS por parte de PROTECCION sin cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 1502 del CC, y por lo tanto dicho contrato debió ser declarado nulo al igual que las actuaciones posteriores como es el caso de la reasesoría, también viciada de nulidad puesto que el asesor de PROTECCIÓN presentó al demandante una proyección en el RAIS, en un porcentaje del IBL o una tasa de reemplazo del 70.28, siendo que la tasa de reemplazo de los fondos oscilaba entre el 20 y 30%, por esta razón la mesada pensional era muy similar a la del ISS, situación que hizo que el señor Héctor Hugo Téllez, postergara la decisión, para consultar con el ISS su situación pensional.

Indicó que hoy el demandante, obtendría una mesada pensional con una tasa de reemplazo del 39%, nunca lograría la que inicialmente le ofrecieron en la proyección y reasesoría del 2006 del 70.28%, se menciona que en el 2004, que el demandante pudo haberse trasladado porque con la ley 797 de 2003, hubo un año de gracia pero ese año de gracia se venció en enero de 24 de 2004, pero le fue imposible porque para el momento en que pretendió ingresar a Colpensiones, no le recibieron el formulario porque tenía 50 años, con 2 meses, ya superaba lo que tenía establecido la ley 797 de 2003.

Explicó que PROTECCION en muchas oportunidades tuvo la opción de haber informado al demandante del traslado al ISS, esperando 5 años de afiliación en el fondo, aspecto que nunca le dijeron. No aparece en proceso una prueba de que PROTECCIÓN le hubiere informado o enviado una comunicación hasta el 28 de enero del 2004, que manifestara que se cumplió el año de gracia que permitió los traslados, cumpliendo el requisito de estar 10 años o menos para pensionarse, incumpliendo así la orden dada por la Superbancaria, en la circular 001 del 8 de enero de 2004, que exigió brindar esa información a cada afiliado a pesar de que no cumplieran el requisito de la ley 797 de 2003, en su artículo 2).

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 de la AFP PROTECCION S.A. presentó las alegaciones, solicita se confirme la decisión de primera instancia, porque el Juez de conocimiento analizó de manera objetiva y con total probidad e imparcialidad cada uno de los argumentos esbozados tanto por la parte actora como por la pasiva, determinándose inequívocamente que no podían prosperar las pretensiones de la demanda, y consecuentemente la absolución de las demandadas está plenamente fundamentada.

La apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, alegó de conclusión, indicando que en caso de revocarse en esta instancia la decisión debe tenerse en cuenta, que se afecta la sostenibilidad financiera que representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los afiliados al RPM, de manera sostenida e indefinida y nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados.

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 del demandante resulta nulo o ineficaz?*

Dentro del plenario quedó acreditado que **HECTOR HUGO TELLEZ PEDROZA**, nació el **30 de diciembre de 1955** (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, administrado por la AFP PROTECCION S.A., el 16 de abril de 1996 (fl. 53 PDF), tal como se registra en el certificado expedido por ASOFONDOS.



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, 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 octubre de 1994 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 si quiera en el interrogatorio surtido a la parte demandante pues manifiesta que no recuerda cuando se trasladó, que no se encuentra seguro que haya sido en el mes de octubre de 1994 pues la AFP jamás le entregó copia del formulario de traslado y le informó el 18 de enero de 2017 que no la tenía en su poder, tal y como se observa en el documento de folio 99, lo cual subsana la omisión de entrega del formulario al demandante pues certifica la fecha de afiliación del demandante al RAIS.

Sumado a lo anterior, considera la Sala que dicho yerro cometido en 1996 no puede refrendarse con un acto *a posteriori* como lo es la asesoría realizada el 21 de febrero de 2006, según se desprende del documento de folio 115, que reconoció el demandante, en el interrogatorio de parte, haber recibido de parte de la asesora de PROTECCION, que estuvo en las oficinas de TECNOQUIMICAS donde laboraba para la época, pero aduciendo que en ese momento la información dada le resultaba poco clara. El documento de reasesoría es el siguiente:

Simulador Pensional ASPEN
Versión 2.0 - 2016
PROTECCIÓN DE LA PENSIONAL EN EL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

Datos Personales:
Nombre: HUGO TELLEZ
Fecha de nacimiento: 1975-03-15
Sexo: Masculino
Número de Cédula de Identidad: 12.634.935 CM
Número de Documento de Identificación: 12.634.935 CM
Número de Documento de Identificación: 12.634.935 CM

Datos de la Simulación:
Monto de la Pensión: 1.200.000
Monto de la Pensión: 1.200.000
Monto de la Pensión: 1.200.000
Monto de la Pensión: 1.200.000

COMENTARIOS:
No se realizó la simulación de la pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, ya que el demandante no cumplió con los requisitos para acceder a dicho régimen.

Handwritten signature and text: C.C. 12.634.935 CM

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, hipotética por demás, 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 la AFP PROTECCION S.A., lo defraudó y lo engañó pues las promesas ofrecidas en el momento de su vinculación 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 personal, en la que se le explicara y documentará 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 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 STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-3464-2019 (14-08-2019), SL-4426-2019, **SL-1689-2019**, 1688, SL-76284-2019,

SL-1452-2019, SL-1421-2019, **SL-4964-2018**, **SL4989-2018**, SL17595-2017 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 46.292 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos 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 **SL31314**, del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

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

¹ *“En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”. (...) “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”. Y que “Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros y en ese orden la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de la nulidad, no debe asumir la mora en el pago íntegro del derecho pensional”.*

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

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

Lo cual implica, en síntesis para la Corte:

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

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

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

para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010“(…) existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” SL-1452-2019.

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

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

En 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 apelada, para en su lugar declarar que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 16 de abril de 1996**, realizó el señor HECTOR JULIO TELLEZ PEDROZA del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP **PROTECCION 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 del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros 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).

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...”*

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 (...).”

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 **PROTECCION 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 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:

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.

“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-, y PROTECCION S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, a cargo de cada fondo.

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. **011 de 24 de enero de 2019**, para en su lugar:

I. DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado que **HÉCTOR HUGO TÉLLEZ** realizó desde el Régimen de Prima Media, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

II. ORDENAR al Fondo de Pensiones AFP **PROTECCION 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 HECTOR HUGO TELLEZ PEDROSA, si fuere el caso.

III. **CONDENAR** a AFP **PROTECCION 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 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 Adminsitradora.

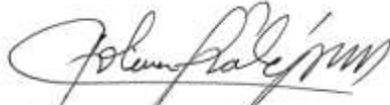
TERCERO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema 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:

**04cba9efab20407f11cf7b8c63d11ce43160f66844297468234ed49a3279d0
80**

Documento generado en 29/09/2021 09:31:52 PM

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