

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **LUZ NELLY ZAPATA DURÁN**
VS. **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES**
LITIS: **PORVENIR S.A.**
RADICACIÓN: **760013105 017 2022 00287 01**

Hoy doce (12) de mayo de 2023, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, 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**, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUZ NELLY ZAPATA DURÁN** contra **COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES** y la litis consorte **PORVENIR S.A.** con radicación No. 760013105 017 2022 00287 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 10 de marzo de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 16** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la apelación y consulta en esta que corresponde a la

SENTENCIA NÚMERO 141

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación

definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.; que siempre estuvo afiliada al régimen de prima media con el ISS hoy COLPENSIONES y que el traslado no surtió efectos legales; costas y agencias en derecho (arch.03 fls.3-4).

PRIMERO: Que se declare la NULIDAD O INEFICACIA del traslado efectuado a la Señora LUZ NELLY ZAPATA DURAN del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: Que se declare, como consecuencia de lo anterior, que la Señora LUZ NELLY ZAPATA DURAN siempre estuvo válidamente afiliada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, y que no se surtieron los efectos legales y jurídicos que implica el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO: Que se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., representada legalmente por el Doctor JUAN MANUEL TRUJILLO SANCHEZ, o por quien haga sus veces, al pago de las costas procesales y las agencias en derecho.

CUARTO: Que se condene a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., representada legalmente por el Doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO, o por quien haga sus veces, al pago de las costas procesales y las agencias en derecho.

QUINTO: Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, al pago de las costas procesales y las agencias en derecho.

SEXTO: Que se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., representada legalmente por el Doctor JUAN MANUEL TRUJILLO SANCHEZ, o por quien haga sus veces, a pagar a mi poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en las facultades extra y ultrapetita, que le asisten al Juzgador de Instancia.

SÉPTIMO: Que se condene a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., representada legalmente por el Doctor JUAN DAVID CORREA SOLORZANO, o por quien haga sus veces, a pagar a mi poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en las facultades extra y ultrapetita, que le asisten al Juzgador de Instancia.

OCTAVO: Que se condene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, representada legalmente por el Doctor JUAN MIGUEL VILLA LORA, o por quien haga sus veces, a pagar a mi poderdante todo derecho prestacional o pensional que llegare a probarse en el decurso del proceso, con base en las facultades extra y ultrapetita, que le asisten al Juzgador de Instancia.

Las demandadas **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **COLPENSIONES**, así como la litis consorte **PORVENIR S.A.**, se opusieron a las pretensiones, tras considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo.

COLPENSIONES adujo como ciertos los hechos referentes a: la fecha de nacimiento de la demandante; el inicio de cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES en marzo de 1988; el traslado hacia el RAIS administrado por COLFONDOS S.A.; el posterior traslado a PROTECCIÓN S.A.; la solicitud de nulidad de traslado elevada a PROTECCIÓN S.A. y la negativa de dicha entidad; la solicitud de nulidad del traslado de régimen radicada ante COLPENSIONES y la omisión de respuesta por parte de dicha entidad; la solicitud de nulidad de traslado de régimen elevada a COLFONDOS S.A. De los demás hechos atinentes a: la forma en que surtieron los mentados traslados de régimen; la ausencia de asesoría por parte de COLFONDOS S.A. al momento del traslado de régimen; la solicitud a ésta última de toda la información relacionada con la cuenta de ahorro individual; los posibles valores de las mesadas en ambos regímenes pensionales; la omisión de respuesta por parte de COLFONDOS S.A. respecto de la solicitud allegada, señaló que son manifestaciones de la parte actora que deberán ser probadas en el proceso. Como excepciones formuló: falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación; ausencia de vicios en el consentimiento del traslado; buena fe de la entidad demandada; prescripción trienal; prescripción de la acción; inoponibilidad por ser tercero de buena fe – inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES y; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.03 fls.1-13, arch.02 fls.1-53), la contestación de COLPENSIONES (arch.16 fls.2-12, 13-182), la contestación de PROTECCIÓN S.A. (arch.17 fls.2-38, 39-75), la contestación de COLFONDOS S.A. (arch.17 fls.2-24, 25-59); así como la contestación de la litis consorte PORVENIR S.A. (arch.23 fls.2-22, 23-82), son conocidos por las partes, principalmente referidos a la ausencia de ilustración frente a la decisión de traslado, motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró no probadas las excepciones por pasiva; la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., COLPATRIA

hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., retornando en consecuencia al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual que incluye aportes, rendimientos, frutos e intereses, cuotas de administración, aportes al fondo de garantía de pensión mínima y cuotas de seguros previsionales, éstas tres últimas debidamente indexadas; ordenó a COLPENSIONES a recibir la afiliación; costas y agencias en derecho (arch.30 fl.4) (30Audiencia min17:57 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., conforme se explicó en las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora LUZ NELLY ZAPATA DURAN, de notas civiles conocidas en este trámite, con COLFONDOS S.A., en el año 1994, COLPATRIA en el año 1999, HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS en el 2001 entidad vinculada por absorción con la entidad hoy PORVENIR, PROTECCIÓN S.A. en el 2001, COLFONDOS S.A. en el 2012, PROTECCIÓN en el 2017 y finalmente con COLFONDOS en el 2018, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado a cargo de COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora LUZ NELLY ZAPATA DURAN, de notas civiles conocidas en este trámite, lo que incluye los aportes, rendimientos financieros, frutos, intereses, rendimientos financieros y los gastos administrativos, que incluye la cuota de administración, los aportes al fondo de pensión de garantía mínima y las cuotas de seguros previsionales, estas últimas tres debidamente indexadas por todo el tiempo que durando vinculada la demandante con el RAIS, con los fondos demandados y con aquellos que fueron absorbidos por estas entidades a lo largo del tiempo.

CUARTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación de la demandante LUZ NELLY ZAPATA DURAN al régimen de prima media con prestación definida, junto con la totalidad de su saldo proveniente en su cuenta de ahorro individual.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas derrotadas en juicio COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de un SMLMV al momento del pago, a cargo de cada una de las demandadas y a favor de la demandante.

SEXTO: ORDENAR la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: REMITIR oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó que: no quedó probado que la entidad haya tenido injerencia alguna en el traslado al RAIS y se evidenció que ese acto fue una decisión libre, voluntaria y sin presiones, sin vicio alguno que nulitara la afiliación suscrita; razón por la cual no es

admisible que la demandante pretenda retornar al régimen de prima media, provocando el consecuente detrimento patrimonial a la entidad y afectando además la estabilidad financiera del sistema pensional; pues finalmente COLPENSIONES es quien tendrá que asumir la carga pensional de la demandante sin haber administrado sus aportes durante los años anteriores; al momento del mentado traslado de régimen no existía normatividad vigente que obligara a los fondos privados de pensiones o al ISS hoy COLPENSIONES a brindar la doble asesoría mencionada en la sentencia; COLPENSIONES negó el retorno al régimen de prima media pero esto fue realizado en razón a la prohibición expresa de que trata el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Por lo anterior solicita al Tribunal que revoque la sentencia y que en caso de ser confirmada absuelva de las costas ordenadas (30 Audiencia min21:30 y ss).

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** y argumentó que: si bien es cierto la demandante alegó vicio en el consentimiento para que se declarara la ineficacia de su traslado al régimen, tales afirmaciones no fueron probadas conforme lo señala el artículo 1508 el CC los cuáles son el error, la fuerza y el dolo; la entidad jamás incurrió en las conductas que se adujeron en la demanda; el formulario de afiliación suscrito es prueba de que a la demandante se le brindó toda la información necesaria para que voluntariamente decidiera trasladarse de régimen; dentro de la oportunidad legal no se hizo uso del derecho de retracto y tampoco manifestó su deseo de regresar los términos del artículo 01 del Decreto 3800 del 2003; las normas que se promulgaron sobre la viabilidad del traslado de régimen pensional para aquella época no le imponían a los fondos privados la obligación de brindar asesoría necesaria en cuanto a la ilustración o favorabilidad del monto de la pensión, situación que solo se vino a dar a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748 y el Decreto 2071 de 2015; dentro de este proceso debe aplicar la prescripción teniendo en cuenta que la acción versa no sobre la adquisición o negación del derecho pensional como tal sino que no buscar obtener el derecho de una mayor valor de la mesada pensional; en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen, todo vuelve a su estado original, razón por la cual los rendimientos deben compensarse con los gastos de administración; en cuanto a la condena indexada se estaría constituyendo enriquecimiento sin causa a favor del fondo público ya que hace más de 10 años no administra los recursos de la

demandante; finalmente solicita que se revoque la condena en costas (30 Audiencia min23:40 y ss).

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 13 de abril de 2023, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., en sus alegatos de conclusión, se ratificó en los argumentos que sirvieron de sustento en el recurso de alzada y solicitó al Tribunal que se revoque la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a la entidad.

Los apoderados judiciales de la DEMANDANTE, COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS, respectivamente, guardaron silencio.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

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

Dentro del plenario quedó acreditado que LUZ NELLY ZAPATA DURÁN nació el 04 de febrero de 1968 (arch.02 fl.72), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 18 de marzo de 1988 (arch.02 fl.23) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP COLFONDOS S.A., el 01 de julio de 1994, y los posteriores traslados horizontales a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS S.A., tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.18 fl. 59).

Hora de la consulta : 9:35:21 AM
 Afiliado: CC 39666228 LUZ NELLY ZAPATA DURAN Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 39666228							
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	1994-06-07	2004/04/16	COLFONDOS	COLPENSIONES		1994-07-01	2000-01-31
Traslado de AFP	1999-12-20	2004/04/16	COLPATRIA	COLFONDOS		2000-02-01	2000-09-28
Cesion por fusión	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2001-04-30
Traslado de AFP	2001-03-29	2004/04/16	ING	HORIZONTE	HORIZONTE	2001-05-01	2002-01-31
Traslado de AFP	2001-12-27	2004/04/16	PROTECCION	ING		2002-02-01	2012-11-30
Traslado de AFP	2012-10-02	2012/11/22	COLFONDOS	PROTECCION		2012-12-01	2017-09-30
Traslado de AFP	2017-08-21	2017/08/19	PROTECCION	COLFONDOS		2017-10-01	2018-05-31
Traslado de AFP	2018-04-18	2018/05/23	COLFONDOS	PROTECCION		2018-06-01	

8 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 39666228						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada	
1994-05-07	1996-06-13	01	AFILIACION	COLFONDOS		
1994-06-07	1999-02-22	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	COLFONDOS		
1994-06-07	1999-02-19	46	CORRECCION FECHA AFILIACION	COLFONDOS		
1999-12-20	2000-01-12	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	COLFONDOS	
2000-09-29	2000-09-29	30	CESION	COLPATRIA	HORIZONTE	
2001-03-29	2001-05-09	79	TRASLADO AUTOMATICO	ING	HORIZONTE	
2001-12-27	2002-01-04	79	TRASLADO AUTOMATICO	PROTECCION	ING	

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS S.A., en la que dicha entidad no le suministraron información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

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 (...)**”. (Las subrayas fuera de texto)

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

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso de la demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un

régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe surtir de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 3871**, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, **3349**, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217**, 782 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). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, 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, modificadorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, 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”*. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

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 tan 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)”*, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

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

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS S.A. al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le

conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS S.A. no demostraron haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba al demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que las AFP COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS S.A., no realizaron una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, la demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se agudiza por el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

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

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que

pretende atribuirse a la afiliada sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho—** que el 01 de julio de 1994, realizó LUZ NELLY ZAPATA DURÁN del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros¹, 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 (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, revocando la indexación ordenada

¹ 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...”*

en primera instancia y que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

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

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

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales de la demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar las AFP COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS 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 Corporación², al afirmar:

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

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

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

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un

² 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.

acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

Frente el argumento expuesto por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. al sustentar la alzada respecto de las condenas en costas, conviene indicar que establece el numeral 1º del artículo 365 del CGP, Ley 1564 de 2012, aplicable por analogía en el procedimiento laboral a la voz del artículo 145 del CPTSS, que se condenará por ellas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación. En este caso, siendo COLPENSIONES y PORVENIR S.A. unas de las partes vencidas en juicio, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

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

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **LUZ NELLY ZAPATA DURÁN**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
- II. **CONDENAR** a los Fondos de Pensiones **COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy**

PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS S.A., que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán a la demandante, si fuere el caso.

- III. CONDENAR a COLFONDOS S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y finalmente COLFONDOS 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 de la 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 a la afiliada demandante.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, apelantes infructuosos, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de cada una de las vencidas. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-

2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página web de la Rama Judicial en el link: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

QUINTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.

-Firma electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Ponente


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: **2e9ad2b5f410c700141e484c9015330959133194fa005e4748536efcda245361**

Documento generado en 11/05/2023 08:48:58 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>