

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

REF. ORDINARIO DE ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR  
VS. PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 760013105 020 2021 00258 01

Hoy dieciséis (16) de junio 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**, se apresta a resolver la apelación interpuesta por la apoderada judicial de COLPENSIONES contra el auto 1761 del 02 de diciembre de 2022, resultado de la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 25 de mayo de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 32**; así como las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR** contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 020 2021 00258 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 26 de mayo de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 33** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

**AUTO NÚMERO 475**

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A. y posteriormente por PORVENIR S.A.; se declare válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A. trasladar el saldo de la cuenta individual incluyendo rendimientos, bonos a que

haya lugar, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; costas y agencias en derecho (arch.03 fls.3-4).

Afirmó el demandante a través de su apoderado judicial, que: nació el 09 de julio de 1958 (arch.04 fl.7); se vinculó inicialmente al ISS hoy COLPENSIONES en el año 1987 y cotizó allí 316,14 semanas; el 19 de enero de 2021 elevó reclamación administrativa ante PORVENIR S.A.; el 11 de febrero de 2021, dicha entidad remitió la historia laboral y negó el traslado de régimen; el 29 de enero de 2021 elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES en la que solicitó nulidad del traslado de régimen y frente a la cual, la entidad guardó silencio; actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y cuenta con más de 1138 semanas cotizadas en su historia laboral.

Las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A.**, se opusieron a las pretensiones, pues consideraron que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo.

En audiencia celebrada el 03 de diciembre de 2022, en la cual se surtieron las etapas previstas en el artículo 77 del CPT y SS, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, mediante auto No. 1761 negó el decreto de la prueba de interrogatorio de parte solicitado por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en las respectivas contestaciones de la demanda, y para que fuera rendido por el demandante ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR. Consideró el Juez de instancia que el interrogatorio de parte no es la prueba conducente para el logro de las probanzas que requiere la pasiva en su defensa, y tras considerar que el objeto del litigio se circunscribe únicamente en determinar la ineficacia del traslado de régimen pensional y señaló que en la petición probatoria contenida en la contestación de la demanda no se explicó cuál sería la utilidad del medio probatorio y que, por lo tanto, la práctica de dicha prueba resultaba innecesaria.

## **APELACIÓN**

En uso la palabra dentro de la audiencia pública la apoderada judicial de la **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra el auto que negó el decreto del interrogatorio de parte y argumentó que: en la contestación de la demanda se indicó que con dicha prueba se busca conocer los motivos y circunstancias de modo, tiempo y lugar que llevaron al demandante a trasladarse

de régimen pensional, afiliarse a PORVENIR y posteriormente a PROTECCIÓN; y sobre las razones por las que quiere retornar al régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones y si realmente conoce las consecuencias de dicho cambio de régimen; también porque en la época de la afiliación a PORVENIR no existía el deber de asesoría, por lo cual es necesario conocer cuál es la información que éste recibió al momento de las afiliaciones a las AFP mencionadas y que exprese cuál es la información que ha recibido durante todos estos años por parte de las mismas, debe tenerse en cuenta la carga dinámica de la prueba y negar la realización de una prueba tan importante puede en determinado momento constituir un prejuicio a favor del demandante (30 Audiencia min18:55 y ss).

Mediante auto No. 1762 el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali, concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA**

Mediante providencia del 02 de junio 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., alegó de conclusión y centró sus argumentos en aquellos que sirvieron de sustento en el recurso de apelación de la sentencia, mas no hizo un pronunciamiento sobre la apelación del auto que niega el interrogatorio de parte.

Los apoderados judiciales de: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., el DEMANDANTE, respectivamente, guardaron silencio.

### **DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA**

Cumplidos los trámites propios de la segunda instancia, sin que se observen vicios que puedan afectar la validez de lo actuado, es procedente entrar a decidir el asunto lo que se hace previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES:**

El auto que niega el decreto de una prueba dentro de la audiencia prevista en el artículo 77 CPTSS, es susceptible de apelación, a voces del numeral 4° del artículo 65 *ejusdem*, modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2001. Motivo por el cual, conforme lo reglado por el artículo 66A *ibidem*, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad.

## PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se centra en determinar si la prueba de interrogatorio de parte solicitada por la COLPENSIONES en su contestación de demanda *resulta innecesaria*, tal como lo sustentó el juez de primera instancia.

La recurrente reclama de este Tribunal se revoque la decisión del *A quo*, para en su lugar se decrete el interrogatorio de parte, por considerar que la prueba es útil para demostrar que, si se brindó asesoría a la demandante, persiguiendo, incluso, su confesión.

Para resolver el planteamiento, debe señalarse que el artículo 198 del CGP, aplicable al proceso laboral, por expreso reenvío del 145 CPT y SS, contempla que el Juez, de oficio o a solicitud de parte, puede citar a las partes para interrogarlas, cuyo objeto es obtener de alguna de las partes, ya sea demandante o demandado, la versión sobre los hechos relacionados con el proceso y puede incluso configurarse una confesión, siempre que recaiga sobre hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria.

El artículo 191 del CGP, entre los requisitos de la confesión impone “5. *Que verse sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento*”, versión que ha de valorarse de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas y de manera indivisible (art. 196 C.G.P.) “*con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe*”. Es decir, la valoración probatoria, como lo dispone artículo 176 *ibidem*, ha de realizarse en su conjunto, siguiendo las reglas de la sana crítica.

Ahora, una prueba inconducente es aquella que no es apta para demostrar ciertos hechos, impertinente es la prueba innecesaria y la inútil o superflua, aquella que no enriquece el convencimiento del juez.

De tal manera que, la *praxis* judicial enseña que no es útil el interrogatorio de parte, en esta clase de procesos, pues si bien corre a cargo de las demandadas probar que se satisfizo el deber de información al momento de la selección del régimen pensional o el traslado entre AFPs, no se trata de indagar un vicio del consentimiento, ni la volición plena del demandante (imposible también de reconstruir a través del interrogatorio) sino de verificar el amparo ilustrativo que una decisión del talante de selección de régimen pensional exige de quien se considera entendido en la prestación de tal servicio público, máxime cuando la debida información hace parte de las reglas del traslado que deben cumplir las AFP.

Es por ello que resultaría inane, la práctica del interrogatorio de parte, cualquiera que sea su resultado, es decir se logre o no la confesión, pues es el rol de la Administradora pensional el que se indaga y no el del consumidor-usuario-afiliado del sistema de seguridad social.

Por tanto, se confirma la decisión apelada. Dado lo infructuoso de la apelación, se impone condenar en costas en esta instancia. Se fijan agencias en derecho en \$ 500.000, a favor de la parte actora.

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 y por autoridad de la ley,

#### **R E S U E L V E:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el auto interlocutorio No. 1761, proferido dentro de la audiencia pública celebrada el 02 de diciembre de 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a favor de la parte actora, dado lo infructuoso del recurso de COLPENSIONES. Se fijan agencias en derecho en esta instancia la suma de \$ 500.000, a cargo de la recurrente.

**TERCERO: NOTIFÍQUESE** por ESTADO electrónico en la página web de la Rama Judicial, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral. Para consultas,

ingresar a: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/145>

**NOTIFÍQUESE.**

-Firma electrónica-  
**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**  
Magistrada Ponente

  
**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**  
Magistrado

  
**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**  
Magistrado

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 180**

#### **SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad del traslado** al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. y el consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo de la cuenta individual, con los rendimientos, bonos pensionales a que haya lugar, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; costas y agencias en derecho (arch.03 fls.3-4).

**PRIMERA:** Que se declare LA NULIDAD DEL TRASLADO al régimen de ahorro individual y consecuente RETORNO del señor ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR al régimen de prima media, afiliación efectuada indebidamente desde dicho régimen administrado en ese entonces por el Instituto de los Seguros Sociales hacia el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Fondo de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y que en la actualidad aún se encuentra atado por medio de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. toda vez que dichas afiliaciones carecen de validez por mediar vicio en el consentimiento y afectar sus mínimos de derechos y garantías.

**SEGUNDA:** Que consecuentemente se declare válida, vigente y sin solución de continuidad la afiliación del señor ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR al Régimen de Prima Media Administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, al cual pertenecía antes de que el régimen de ahorro individual captara su afiliación, la cual está viciada de nulidad.

**TERCERA:** Que se declare que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. ni la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no le brindaron la re asesoría respectiva justo antes de los diez años previos a cumplir la edad de pensión, perdiendo así la posibilidad de optar por el traslado vía administrativa sin necesidad de recurrir a la vía judicial a la cual se ve avocado a ejercer actualmente.

**CUARTA:** Que se ordene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar inmediatamente a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES el saldo de la cuenta de ahorro individual del señor ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR incluyendo sus rendimientos, bonos a que haya lugar

los cuales deberán acreditarse en los términos de semanas cotizadas de acuerdo al salario base de cotización, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima y lo correspondiente a bonos pensionales en caso de aplicar, y en general todas las acreencias por concepto de pensión que se encuentren a su favor.

**QUINTA:** Condenar a la entidades demandadas a reconocer y pagar las costas y agencias en derecho que se causen y lo que ultra y extra petita resulte demostrado en el proceso

Las demandadas **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** 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 del demandante; que éste inició cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES en enero de 1987 y cotizó 316,14 semanas en dicho régimen; las reclamaciones administrativas ante PORVENIR S.A. y COLPENSIONES elevadas en enero de 2021; la afiliación vigente al RAIS administrado por PORVENIR S.A., con un total de 1138 semanas. De los demás hechos señaló que no le constan por ser ajenos a la entidad, los atinentes a: las circunstancias que rodearon el traslado de régimen; la presunta condición más favorable del RPM frente al RAIS; la omisión de información de las AFP respecto del límite de tiempo para solicitar el retorno al RPM. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y carencia del derecho; cobro de lo no debido; prescripción; ausencia de causa para demandar; buena fe; falta de legitimación en la causa; ausencia de vicios en el traslado de régimen pensional; desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de

pensiones; inoponibilidad de la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones ante Colpensiones; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social y; juicio de proporcionalidad y ponderación adecuado .

El A quo, mediante Auto 1762 del 02 de diciembre de 2022, decretó las pruebas y negó a las demandadas el interrogatorio del demandante; dicho proveído fue recurrido, no obstante, el juez de instancia resolvió no reponer la decisión y remitir el recurso de alzada a la Sala laboral.

Esta Sala, mediante Auto del 475 del 16 de junio de 2023, desestimó los argumentos de la alzada y confirmó el proveído apelado.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.03 fls.1-11, arch.04 fls.1-7, arch.05 fls.1-36, arch.06 fls.1-4), la subsanación de la misma (arch.10 fls.1-10), la contestación de COLPENSIONES (arch.15 fls.1-33, 34-54), la contestación de PORVENIR S.A. (arch.16 fls.1-33, 34-133), así como la contestación de PROTECCIÓN S.A. (arch.17 fls.1-39, 40-57), 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 VEINTE 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 régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; condenó a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta individual, junto con los rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, todos estos debidamente indexados; condenó a admitir el traslado; costas y agencias en derecho (arch.30 fls.6-7) (30Audiencia min 46:15 y ss).

(...)

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, por las razones expuestas anteriormente.

**SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** del señor **ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad que tuvo como fecha efectiva el 01 de junio de 1994 proveniente del extinto **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES (ISS)** hoy la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION**, ASI COMO su posterior traslado entre administradoras a **PORVENIR S.A.** con fecha de efectividad 01 de septiembre de 2001 y retorno ante **PROTECCION S.A.** con fecha de efectividad del 01 de mayo de 2002, por las razones anteriormente expuestas.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante contenidos en su cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de

Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados y detallados con toda la información relevante que los justifiquen.

**CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a admitir el traslado del régimen pensional del demandante, ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR.**

**QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a aceptar todos los valores que reciba de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. en los términos anteriormente expuestos.**

**SEXTO: COSTAS a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, fijese la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000), a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A fijese la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000), y a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, fijese igualmente la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000).**

**SEPTIMO: La presente Sentencia, CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 1994.**

(...)

## **APELACIÓN**

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó en síntesis que: es improcedente para la entidad, en este momento, aceptar al demandante en calidad de afiliado, en virtud del artículo 2 numeral e) de la Ley 797 del 2003, ya que éste presentó su petición fuera del término legal establecido y se encuentra inmerso en la prohibición estipulada por la Ley; el demandante no demostró en ningún momento el vicio consentimiento en el momento en que se trasladó al régimen de ahorro individual afiliándose a PORVENIR S.A. y posteriormente a PROTECCIÓN S.A.; tampoco demostró falta de consentimiento o suplantación de su firma en el formulario de afiliación; éste valida su decisión permaneciendo por más de 15 años en el régimen de ahorro individual; en el proceso no se tuvo en cuenta la carga dinámica de la prueba, y el demandante tampoco presenta ninguna proyección de pensional o algún documento que indique

cuales fueron los beneficios que perdió con el traslado y si en el momento se encuentra asesorado ya que Colpensiones exige un mínimo de 1300 semanas de cotización y el demandante aun no las ha alcanzado; para el momento del traslado no existía un deber de asesoría y era responsabilidad del demandante informarse respecto de su futuro pensional y analizar la información que recibía mensualmente de las AFPs; debe tenerse en cuenta lo que establece la Corte Suprema de Justicia, en sentencia No. 68852 del Magistrado Jorge Luis Quiroz, en el cual establece que el deber del afiliado a concurrir informado a la escogencia del régimen pensional; en sentencia SL1120 de 2020, la Corte Suprema de Justicia resuelve niega la nulidad del traslado al RAIS y establece que es necesario demostrar que el traslado es consecuencia de un engaño; en la sentencia SL 413 del 2018 estableció que el formato de vinculación no es la única expresión de voluntad y que pueden existir otras tales como la solicitud de información de saldos y la permanencia en un determinado tiempo en los fondos de pensiones, tal como ocurre en este proceso, toda vez que el demandante permaneció por más de 15 años en el régimen de ahorro individual y realizó traslados horizontales por lo que decidió permanecer el dicho régimen en vez de retornar al RPM. Por lo anterior, solicita al Tribunal que se revoque la sentencia de primera instancia y, en el caso de que prosperen las pretensiones, se ordene de manera detallada en la sentencia el reintegro de todos los conceptos, tales como recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas y gastos de administración, todas las sumas debidamente indexadas (30 Audiencia min 49:15 y ss).

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.**, en su apelación, argumentó en síntesis que: el demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de esto, suscribió formulario de vinculación con esta entidad y con su firma dejó una constancia expresa de su libre escogencia de manera espontánea; en cuanto a la imposición a la entidad de devolver los gastos de administración, éstos se encuentran debidamente causados, están autorizados por la Ley y administrados por el fondo para generar unos rendimientos en la cuenta ahorro individual del demandante; no es procedente la devolución de los porcentajes del fondo de garantía de pensión mínima, ni de los seguros previsionales destinados a cubrir las contingencias que en su momento se pagaron a unos terceros, por cuanto ellos están expresamente consagrados en la Ley. Por lo anterior, solicitó al Tribunal que,

en caso de confirmarse la sentencia, se revoque la devolución de los conceptos que son objeto del recurso de apelación (30Audiencia min 56:40 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 02 de junio 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., alegó de conclusión y 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 para que, en su lugar, se absuelva a la entidad.

Los apoderados judiciales de: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., el DEMANDANTE, 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 ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR nació el 09 de julio de 1958 (arch.06 fl.1), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 28 de enero de 1987 (arch.16 fl.124) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., el 01 de junio de 1994, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.16 fl. 80).

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 7526732							
<u>Tipo de vinculación</u>	<u>Fecha de solicitud</u>	<u>Fecha de proceso</u>	<u>AFP destino</u>	<u>AFP origen</u>	<u>AFP origen antes de reconstrucción</u>	<u>Fecha inicio de efectividad</u>	<u>Fecha fin de efectividad</u>
Traslado regimen	1994-05-05	2004/04/16	PROTECCION	COLPENSIONES		1994-06-01	1999-09-30
Traslado de AFP	1999-08-01	2004/04/16	ING	PROTECCION		1999-10-01	2001-08-31
Traslado de AFP	2001-07-26	2004/04/16	PORVENIR	ING		2001-09-01	2002-04-30
Traslado de AFP	2002-03-18	2004/04/16	ING	PORVENIR		2002-05-01	2003-06-30
Traslado de AFP	2003-05-29	2004/04/16	PORVENIR	ING		2003-07-01	

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

NIT/Patronal	Empleador	Novedad	Origen Información	Fecha Desde	Fecha Hasta	No.Días	Salario	Error/ observación
P 20017300028	TELEARMENIA	LABORAL	ISS	28/01/1987	31/01/1988	369	\$61,950	
P 20017300028	TELEARMENIA	LABORAL	ISS	01/02/1988	30/06/1988	151	\$70,260	
P 20017300028	TELEARMENIA	LICENCIA	ISS	01/07/1988	24/07/1988	24	\$70,260	3072,
P 20017300028	TELEARMENIA	LABORAL	ISS	25/07/1988	31/01/1989	191	\$70,260	
P 20017300028	TELEARMENIA	LABORAL	ISS	01/02/1989	10/08/1989	191	\$89,070	
P 3016105685	DIROCCIDENTE S.A	LABORAL	ISS	05/09/1990	29/11/1990	86	\$47,370	
P 20100117979	RUIZ SIERRA ANTONIO Y OTRO	LABORAL	ISS	17/01/1991	23/01/1991	7	\$54,630	
P 3016102870	SERVICENTRO ESSO MATECA&A	LABORAL	ISS	30/01/1991	31/12/1991	336	\$54,630	
P 3016102870	SERVICENTRO ESSO MATECA&A	LABORAL	ISS	01/01/1992	31/12/1992	366	\$70,260	
P 3016102870	SERVICENTRO ESSO MATECA&A	LABORAL	ISS	01/01/1993	31/12/1993	365	\$89,070	
P 3016102870	SERVICENTRO ESSO MATECA&A	LABORAL	ISS	01/01/1994	31/03/1994	90	\$107,675	
P 3016102870	SERVICENTRO ESSO MATECA&A	LABORAL	ISS	01/04/1994	30/04/1994	30	\$98,700	
P 3016102870	SERVICENTRO ESSO MATECA&A	LABORAL	ISS	01/05/1994	31/05/1994	31	\$145,000	
P 3016102477	COOP.DE CAFIC. DE PEREIRA	LABORAL	ISS	05/08/1991	28/02/1993	574	\$181,050	
P 3016102477	COOP.DE CAFIC. DE PEREIRA	LABORAL	ISS	01/03/1993	30/04/1993	61	\$234,720	
P 3016102477	COOP.DE CAFIC. DE PEREIRA	LABORAL	ISS	01/05/1993	31/01/1994	276	\$298,110	
P 3016102477	COOP.DE CAFIC. DE PEREIRA	LABORAL	ISS	01/02/1994	01/04/1994	60	\$300,000	

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 ídem 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 del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

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

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 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)<sup>1</sup>, **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, 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”. 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 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 PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 PROTECCIÓN S.A., ING

hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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, 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, 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. Tampoco se avala la teoría del relacionamiento que plantea el impugnante, para hacer notar que la permanencia en el RAIS puede significar una afiliación informada, pues lo acreditado señala lo contrario (SL4222-1055 de 2022).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta

**ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que** el el 01 de junio de 1994, realizó ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 financieros<sup>1</sup>, 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 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.<sup>3</sup>).

Condenas que deberán asumir las AFP demandadas PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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

---

<sup>1</sup> 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...”*

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 períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales 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, las que deberá subsanar las AFP PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 Corporación<sup>2</sup>, 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 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).

---

<sup>2</sup> 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.

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 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, CUARTO y QUINTO 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 **ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
  
- II. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 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, si fuere el caso.

- III. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.,** dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.
- IV. CONDENAR a COLPENSIONES,** a tener a **ALEJANDRO GIRALDO SALAZAR,** como su afiliado, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales; los derechos pensionales serán exigibles una vez surtido el traslado de los dineros provenientes de las AFP, como se ordenó en los resolutivos precedentes.

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

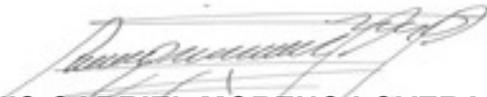
**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, apelantes infructuosos, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de cada una de las vencidas. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

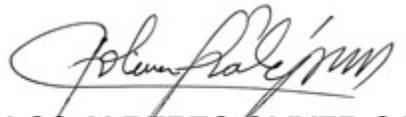
**CUARTO: NOTIFÍQUESE** por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el microsítio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de 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: 90f5d19a711fa3154c958631b0847c09d030db6f04abdbb011c387c6a7b27675

Documento generado en 16/06/2023 11:38:02 AM

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