

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE SANDRA POSSU FORY
VS. PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 018 2022 00462 01

Hoy (25) de noviembre de 2022, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 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**, en ambiente de escrituralidad virtual, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió DE **SANDRA POSSU FORY** contra **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 018 2022 00462 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 28 de octubre de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 67** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el Acuerdo **PCSJA22-11930** del 25 de febrero de 2022, en ambiente preferente virtual.

AUTO NÚMERO 1050

Se reconocer personería para actuar a la abogada SANDRA MILENA PARRA BERNAL, portadora de la T.P. No. 200.423 del C.S. de la Judicatura, como apoderada judicial de COLPENSIONES, en los términos del memorial poder a ella otorgado por el secretario general de dicha entidad.

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 410

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad de vinculación** del traslado inicial al régimen de ahorro individual administrado por DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., su traslado a COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.; se ordene el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual y pagar los perjuicios; se condene en costas y se fijen agencias en derecho (arch.01 fls.5-6).

1. Declarar la **NULIDAD** de la vinculación del traslado inicial de la señora **SANDRA POSSU FORY**, al Régimen de Ahorro Individual (RAIS) administrado por **DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS** quien se transformó en **ING PENSIONES y CESANTIAS** hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, y como consecuencia de ello también se declare la **NULIDAD** de la afiliación a **DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS** quien se transformó en **ING PENSIONES y CESANTIAS** hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**
2. Declarar la **NULIDAD** del traslado de la señora **SANDRA POSSU FORY** de **DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS** quien se transformó en **ING PENSIONES y CESANTIAS** hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, a **COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS.**, y como consecuencia de ello también se declare la **NULIDAD** de la afiliación a **COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS.**
3. Declarar la **NULIDAD** del traslado de la señora **SANDRA POSSU FORY** de **COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS.** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y como consecuencia de ello también se declare la **NULIDAD** de la afiliación a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**
4. Como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** su regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMCD) administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

5. Ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores de la cuenta de Ahorro Individual de la señora **SANDRA POSSU FORY**.
6. Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, al pago de los perjuicios ocasionados de la señora **SANDRA POSSU FORY** por el engaño al que fue sometida, tasados en el valor de las mesadas pensiones que le correspondan y haya dejado de recibir en el régimen de prima media con prestación definida desde el momento en que cumpla la edad mínima requerida (57 años) para adquirir el derecho a su pensión de vejez.
7. Condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, a **COLFONDOS S.A.**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a cancelar las costas del proceso y agencias de derecho.
8. Las demás que dentro de las facultades ultra y extra petita que resultaren probadas dentro del proceso, Se condene en costas a las demandadas.

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

La demandada **COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. De los hechos solo adujo como ciertos los referentes a la afiliación inicial al régimen de prima media con prestación definida y la solicitud de traslado de régimen elevada ante la entidad; de los demás hechos señaló que no le constan, por considerar que son ajenos y que contienen apreciaciones subjetivas que están sujetas al debate probatorio. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la inoponibilidad por ser tercero de buena fe (arch.11 fls.8-22).

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.01 fls.2-16, 17-51, 52-212), la respuesta a requerimiento de **PORVENIR S.A.** (arch.05 fls.1-10), la respuesta a requerimiento de **ASOFONDOS** (arch.06 fls.1-7), respuesta a requerimiento de **COLPENSIONES** (arch.08 fls.1-7), la contestación de **PORVENIR S.A.** (arch.10 fls.3-77), la contestación de **COLPENSIONES** (arch.11 fls.7-27), la contestación de **PROTECCIÓN S.A.** (arch.12 fls.3-39) y la contestación de **COLFONDOS S.A.** (arch.14 fls.4-48), 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 DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR S.A. respecto del pedimento de pago de perjuicios y no probadas las demás excepciones por pasiva; la ineficacia de traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A. y las posteriores vinculaciones a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar los valores recibidos con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a COLPENSIONES de manera indexada con cargo a su propio peculio; condenó a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar de manera indexada y con cargo a su propio peculio a COLPENSIONES-, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales y proceda a actualizar la historia laboral; condenó en costas y fijó agencias en derecho (arch.19 fls.4-5) (18Audio min56:00 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** propuesta por la pasiva **PORVENIR S.A.**, respecto del pedimento de pago de perjuicios invocado por la demandante.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones de mérito formuladas por **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora **SANDRA POSSU FORY**, de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **PROTECCIÓN S.A.** y por consiguiente, las otras vinculaciones posteriores efectuadas a **COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.**

CUARTO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **SANDRA POSSU FORY**, tales como, de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a **COLPENSIONES** de manera indexada con cargo a su propio peculio.

QUINTO: CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade de manera indexada y con cargo a su propio peculio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro.

SEXTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** acepte el traslado de la señora **SANDRA POSSU FORY** sin solución de continuidad ni cargas adicionales. Una vez realizado el traslado ordenado en el numeral cuarto y quinto de la presente providencia, deberá actualizar la historia laboral de la señora **SANDRA POSSU FORY** dentro de los 2 meses siguientes.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, como partes vencidas en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 **SMLMV** a cargo de cada una de las entidades.

OCTAVO: Si no fuera apelada la presente providencia por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.

(...)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES**, apeló la condena en costas y argumentó que la entidad no participó en el acto que se declara nulo o ineficaz, y el sustento de la decisión guarda relación con una conducta desplegada por un tercero ajeno a la administradora del régimen de prima media, si bien es cierto, la entidad es llamada al proceso para que reciba los dineros resultantes de la nulidad del traslado, no es ésta la responsable de los actos generadores de la

presente acción; por lo anterior, solicita al Tribunal revocar dicha condena (18Audio min1:01:20 y ss).

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** y argumentó que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración pues de acuerdo con lo indicado en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también el régimen de prima media se destinó un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción; además la Superintendencia Financiera indicó en el año 2020 de forma expresa que en el evento en que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros provisionales, en consideración otra compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y tampoco la comisión de administración; debe tenerse en cuenta que al momento de la afiliación con la entidad la demandante ya se encontraba dentro de la prohibición legal es decir que ya no podía retornar a Colpensiones, por ende, la entidad no tenía la obligación de realizarle asesoría sobre ventajas y desventajas de un régimen al cual ya no podría pertenecer; por ello debe declararse la prescripción respecto a la devolución de gastos de administración, la prima de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la individual del afiliado o sus rendimientos financieros, por cuanto no le corresponden estos valores a los afiliados en ninguno de los regímenes pensionales, por cuanto no financia la prestación de vejez no puede predicarse imprescriptibilidad, característica única de la que goza el derecho pensional. En jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito judicial de Cundinamarca y del Amazonas Sala Laboral, se indica que podría ser una doble condena la devolución de rendimientos financieros y que tengan que ser indexados, la jurisprudencia laboral ha señalado que el administrador tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiese recibido como la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, pero en ninguna parte se indica que debe realizarse con la indexación, por lo anterior solicita al Tribunal se revoque la doble condena y en consecuencia se absuelva a la entidad (18Audio min1:02:27 y ss).

Por su parte, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** argumentó que en cuanto a la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que cada aporte realizado por la demandante del sistema general de pensiones un 3% fue destinado para cubrir este rubro y para pagar el seguro previsional de la aseguradora, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley; en el caso de que se declare nulidad o ineficacia de la afiliación y se condene a la AFP actual PORVENIR S.A., solamente es procedente la devolución de cotizaciones y rendimientos, pero no los gastos de administración a cargo de PROTECCIÓN S.A. teniendo en cuenta que estos están ya causados durante el tiempo de vinculación y se encuentran debidamente autorizados por la ley, además fueron manejados por la AFP para generar unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual; asimismo no procede la devolución de porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima ya que es un descuento expresamente ordenado por la ley, así como las primas de seguros y reaseguros que fueron pagados a los terceros que cubrieron las contingencias de invalidez y de sobrevivencia durante la duración de la afiliación; por lo anterior solicita al Tribunal revocar el numeral quinto de la sentencia de primera instancia (18Audio min1:06:30 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 27 de octubre de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de 2022.

El apoderado judicial de la DEMANDANTE alegó de conclusión y ratificó los argumentos de hecho y derecho que sirvieron de sustento en la demanda y solicitó la confirmación de sentencia de primera instancia.

Los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES alegaron de conclusión y ratificaron los argumentos de hecho y derecho que sirvieron de sustento en las respectivas apelaciones y contestaciones de la demanda; ambos solicitaron que la sentencia de primera instancia fuera revocada.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. guardó 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 SANDRA POSSU FORY nació el 23 de diciembre de 1969 (arch.01 fl.51), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 10 de julio de 1995 (arch.08 fl.4) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. el 01 de marzo de 1998, su traslado a COLFONDOS S.A. el 01 de abril de 2011, su traslado a PORVENIR S.A. el 01 de junio de 2017, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.06 fl.7).

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 ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., en la que dichas entidades 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 ibidem 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-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**,

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

rad. 31989 (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007
Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a 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 párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el 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 ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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 ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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 ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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, 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 tercero, cuarto, quinto y sexto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 01 de marzo de 1998, realizó SANDRA POSSU FORY del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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 financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos

² CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”*

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, 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 ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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 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 deberán subsanar las AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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

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

ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

Así mismo se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 (literal b) del artículo 3º) y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve).

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación⁴, al afirmar:

“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*

⁴ No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

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).

Frente el argumento expuesto por el apoderado de COLPENSIONES 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 una de las partes vencida 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 TERCERO, CUARTO, QUINTO y SEXTO 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 **SANDRA POSSU FORY**, 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 **ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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 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 las **AFP ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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 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 **PROTECCIÓN S.A., 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 uno. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a

correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

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

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

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: **0f6fd554ce8eb3ffa6442a8c0bd9293674aa6e6f53ea0c1654b5a235374612ea**

Documento generado en 24/11/2022 11:30:02 PM

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