

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**
VS. **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**
RADICACIÓN: 760013105 021 2023 00234 01

Hoy, **24 de octubre 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, **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** presentada por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en su favor, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ** contra **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con radicación No. 760013105 021 2023 00234 01, ello con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **05 de octubre de 2023**, celebrada, como consta en el **Acta No. 69**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

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

SENTENCIA NÚMERO 310

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

Las pretensiones de la demandante en esta causa, se orientan a obtener de esta jurisdicción, una declaración de condena por lo siguiente *-arch.03, expediente digital primera instancia, pág. 3-*:

(...)

PRETENSIONES

Declarativa

Que se **DECLARE** la INEFICACIA de AFILIACIÓN en pensiones al RAIS - declarando que la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A** omitió el deber de información al afiliado al momento de su vinculación.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se profieran las siguientes condenas:

De condena

Primera: Que se CONDENE a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** todos los valores que hubiese recibido por motivo de afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como; rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos.

Segundo: Que se CONDENE a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, a validar los aportes en pensiones, trasladados por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, y a incorporarlos a la historia laboral en pensiones del asegurado.

Tercero: Que se CONDENE en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

(...)

PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, al dar contestación a la demanda se opusieron a las pretensiones, tras considerar que, la afiliación de la demandante se hizo con el lleno de los requisitos legales y que, su traslado fue libre y espontáneo.

COLPENSIONES adujo como cierto el hecho relativo a la solicitud de traslado elevada por la demandante el 30 de junio de 2023 y, frente a los demás hechos refiere que no le constan por estar dirigidos a un tercero. Agrega que no es viable el traslado de régimen de la afiliada, por cuanto está a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad y formuló como excepciones *“inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica”*

Por su parte, a **PROTECCIÓN S.A.**, contestó la demanda, admitiendo que la actora se trasladó a ese fondo de manera voluntaria y debidamente informada, con el lleno de requisitos legales y en ejercicio del derecho de libre escogencia. Agrega que le prestó a la afiliada una asesoría especializada e idónea, se le informó acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba el régimen administrado por los Fondos Privados, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas, así como las características y diferencias propias de cada régimen pensional, con el fin de determinar la conveniencia de permanecer en uno u otro conforme a sus expectativas pensionales. Admite que la demandante elevó petición de traslado de régimen y, frente a los demás hechos refiere que no le constan por no estar referidos a dicha AFP. Formula como excepciones de fondo, las que denominó *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la*

demanda, validez del traslado de la actora al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción de devolución de comisión o gastos de administración, compensación y pago, buena fe de la entidad demandada”

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos, así como de las contestaciones de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Cali, se agotó la instancia y, se resolvió (*arch14*):

(...)

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad de la señora **MARIA CONSUELO RODRIGUEZ HERNANDEZ** acaecido el día **14 de julio de 1995**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora **MARIA CONSUELO RODRIGUEZ HERNANDEZ**, identificada con C.C. No. 51.870.872 incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales *-si los hubiere constituidos-*, el porcentaje de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado el actor con el RAIS. Sumas estas que deberán ser discriminadas por ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y demás información que sea relevante, para lo cual se otorgará un plazo de **treinta días (30) hábiles** contados desde la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: ORDENAR que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora **MARIA CONSUELO RODRIGUEZ HERNANDEZ**, identificada con C.C. No. 51.870.872, debiendo recibir la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, el porcentaje de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración.

QUINTO: CONDENAR en costas a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** por haber sido vencidas en juicio, fijando la suma de un **(01) S.M.L.M.V.**, como agencias en derecho a cargo de cada una de las entidades.

SEXTO: REMÍTASE en consulta al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali Sala Laboral, de acuerdo a lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación (*arch. 15, tiempo 27m: 05s*), argumentando que, la demandante a la fecha cuenta con más de 47 años de edad y para la época del traslado al RAIS, estaba en pleno derecho de hacer dicha afiliación, lo cual indica un procedimiento de acuerdo a la ley por parte de su representada, ya que, de haberse negado el traslado de la afiliada se estaría incurriendo a una violación a la libre elección que le asistía. Agrega que, conforme a las pruebas aportadas, la actora no logró demostrar el error o el vicio en el consentimiento que medio al momento de realizar el traslado de régimen, por lo que, considera que su representada no puede considerar afiliada a una persona que se encuentra válidamente vinculada a otra AFP.

Concluye señalando que, no es procedente la declaratoria e ineficacia del traslado, ya que como lo indica el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, los afiliados solo podrán trasladarse de régimen cuando les faltare 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, requisito que no cumple la actora. Así las cosas, solicita se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva a Colpensiones de las condenas.

PROTECCIÓN S.A. no interpone recurso de apelación.

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a COLPENSIONES, se impone igualmente 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 04 de octubre 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.

Dentro del término, la parte demandante a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión, solicitando que, en el evento de confirmarse la sentencia de primera instancia, ésta sea adicionada en el sentido de condenar en costas y agencias en derecho a los apelantes, a la tasa máxima permitida según el Acuerdo PSAA16-10554, ello, por el desgaste desmesurado del aparato judicial por parte de los demandados, afectando así los principios de celeridad, economía y eficacia procesal, los cuales buscan garantizar el acceso efectivo a la administración de justicia, sin dilaciones y demoras injustificadas, cumpliendo así, los objetivos que en materia de justicia impone la Carta Magna de 1991. Las demás partes 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 MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, nació **14 de agosto de 1967** (arch.04, pág. 1), estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, desde el **05 de febrero de 1986** (arch.08, págs. 352-356) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado en ese entonces por la AFP COLMENA, luego ING, hoy PROTECCIÓN S.A. (*cesión por fusión*), efectivo a partir del **01 de agosto de 1995**, tal como se registra en Consulta de Afiliados y certificación de Asofondos (arch.13, pág. 5)-. Así mismo, de la documental allegada, se extrae que, la demandante prestó servicios como trabajador del sector privado previo a su traslado al ahorro individual.

- Pantallazo Consulta Afiliados:

```

PROTECCION S.A                20230728                12:39:53
FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS **VERSION 19.0**                RPANUL01
AFIL01 Consultar afiliado                Pantalla 1/6
-----
Afiliado fusionado ING
Identific. afiliado.                51870872 CC                Estado ..... ACT Activo
Fecha efectividad ..                01081995                Fecha generac. cta.. 14071995
Fecha solicitud ....                14071995                No. afiliación ..... 800002879262
Origen .....                1 Traslado de régimen
AFP ant./Entidad ant                COLPENSIONES
Sexo .....                F Femenino                Fecha de nacimiento 14081967
Nacionalidad .....                001 COLOMBIANO
Ciudad nacimiento ..                11001 BOGOTA
Depto. nacimiento ..                11 BOGOTA
Fecha expedición ...                05111985
Ciudad de expedición                11001 BOGOTA
Depto. de expedición                11 BOGOTA
Apellidos .....                RODRIGUEZ                HERNANDEZ
Nombres .....                MARIA                CONSUELO
Verificación identif

F8=Siguiete pantalla, F12=Anterior, F15=Histórico solicitud de traspaso,
F16=Consultar afiliado pensionado, F18=SIPLA, F19=Cta. Ext.
    
```

- Pantallazo certificación Asofondos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 2:01:09 PM
 Afiliado: CC 51870872 MARIA CONSUELO RODRIGUEZ HERNANDEZ [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

| Vinculaciones para : CC 51870872 | | | | | | | |
|----------------------------------|--------------------|------------------|----------------|--------------|------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|
| Tipo de vinculación | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino | AFP origen | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad | Fecha fin de efectividad |
| Traslado regimen | 1995-07-14 | 2004/04/16 | COLMENA | COLPENSIONES | | 1995-08-01 | 2000-03-31 |
| Cesión por fusión | 2000-04-01 | 2013/10/04 | ING | COLMENA | | 2000-04-01 | 2012-12-30 |
| Cesión por fusión | 2012-12-31 | 2012/12/29 | PROTECCION ING | | | 2012-12-31 | |

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
 1

| Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 51870872 | | | | | |
|--|------------------|-------------------|-------------|---------|-----------------|
| Fecha de novedad | Fecha de proceso | Código de novedad | Descripción | AFP | AFP involucrada |
| 1995-07-14 | 1996-06-13 | 01 | AFILIACION | COLMENA | |
| 2000-04-01 | 2000-04-01 | 30 | CESION | COLMENA | ING |

2 registros encontrados, visualizando todos registros.
 1

- Pantallazo historia laboral RPMPD (arch.08, pág. 352):

Tipo de Documento: Cédula de Ciudadanía
 Número de Documento: 51870872
 Nombre: MARIA CONSUELO RODRIGUEZ HERNANDEZ
 Dirección: CLL 48C NO. 9-63 SUR
 Estado Afiliación: Traslado

Fecha de Nacimiento: 14/08/1967
 Fecha Afiliación: 05/02/1986
 Correo Electrónico: MA.CONSUERO67@HOTMAIL.COM
 Ubicación:

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

En el siguiente reporte encontrará el total de semanas cotizadas a través de cada uno de sus empleadores o de sus propias cotizaciones como trabajador independiente, es decir, las que han sido cotizadas desde enero de 1967 a la fecha. Recuerde que la Historia Laboral representa su vida como trabajador, la que usted ha construido mes a mes y año a año.

| [1]Identificación Aportante | [2]Nombre o Razón Social | [3]Desde | [4]Hasta | [5]Último Salario | [6]Semanas | [7]Lic | [8]Sim | [9]Total |
|---|--------------------------|------------|------------|-------------------|------------|--------|--------|----------|
| 1008220317 | TTAS LTDA | 05/02/1986 | 05/06/1986 | \$17.790 | 17,29 | 0,00 | 0,00 | 17,29 |
| 1002301609 | CARRIZOZA RICAURTE G | 04/12/1986 | 24/12/1986 | \$17.790 | 3,00 | 0,00 | 0,00 | 3,00 |
| 1003000403 | INGECAUCHOS LTDA. | 26/03/1992 | 31/12/1994 | \$98.700 | 144,43 | 0,00 | 0,00 | 144,43 |
| 800038163 | SILVER LTDA | 01/01/1995 | 31/01/1995 | \$131.000 | 4,29 | 0,00 | 0,00 | 4,29 |
| 800038163 | SILVER LTDA | 01/02/1995 | 31/03/1995 | \$31.225 | 8,57 | 0,00 | 0,00 | 8,57 |
| 800038163 | SILVER LTDA | 01/04/1995 | 31/07/1995 | \$131.000 | 17,14 | 0,00 | 0,00 | 17,14 |
| 800038163 | SILVER LTDA | 01/08/1995 | 30/09/1995 | \$0 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| [10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: | | | | | | | | 194,71 |
| [11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO(INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 : "TOTAL SEMANAS COTIZADAS"): | | | | | | | | 0,00 |

De manera que, lo controversial desde el libelo introductor, es la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (*cesión por fusión*), en la que, dicha entidad no le suministró a la afiliada 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 RPMPD.

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 preimpresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

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

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, 1217, 782 y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, 4360, 5031, 3464 (14-08-2019), 2652, 1689, 1688, 1421, 1452, SL-76284-2019, SL4989, 4964, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)¹, SL 19447-2017 del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, SL12136 de 2014 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), 33.083 del 22 de noviembre de 2011 y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del 9 de septiembre de 2008, rad. 31989 (M.P. Eduardo López Villegas) y 31314 del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.**

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el 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, en las que, se 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, la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministrara una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, la AFP no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la actora 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, dicha AFP no realizó una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPMPD 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 la AFP 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 resolutiveos segundo, tercero y cuarto de la sentencia apelada y consultada, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que el 01 01 de agosto de 1995**, realizó MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. y, en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros¹, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado y que, se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

¹ CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”*

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 afiliado, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar la AFP PROTECCIÓN S.A., con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994, los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003, ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que, son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

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

Artículo que en su totalidad ya había sido suspendido provisionalmente mediante auto proferido el 5 de marzo de 2009 (confirmado 4-08-2010) por la Sala Plena de la Sección Segunda de esta Corporación², al afirmar:

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

² No. radicación 110010325000200800070 00 (1975-08) C.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Mediante auto del 4 de agosto de 2010 se resolvió no reponer el auto de 5 de marzo de 2009 proferido por la Sección.

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).

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 resolutivos SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**, 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.** que, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVA** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, todos los valores integrales que 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 al demandante, si fuere el caso.

- III. **CONDENAR** a **PROTECCIÓN 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. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a tener a **MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ**, como su afiliada, 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 COLPENSIONES, apelante infructuoso y, a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de COLPENSIONES. SIN COSTAS por el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página *web* de la Rama Judicial en el enlace: <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.

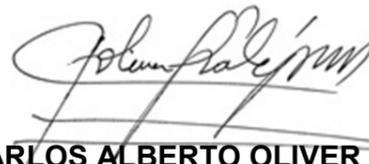
Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada
Aclaración voto



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: **bee320787a6f87ab8fdbd1f59fb7bf7bb9b41be0d4b7cd583d6936bf1155243e**

Documento generado en 24/10/2023 04:06:46 PM

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