

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE JORGE ARTURO ACUÑA GARCÍA
VS. COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 020 2021 00094 01

Hoy doce (12) de mayo de 2023, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JORGE ARTURO ACUÑA GARCÍA** contra **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 020 2021 00094 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 24 de febrero de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 12** 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 137

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **anulación por ineficacia del traslado**; se ordene el traslado y afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES

de todos los dineros tales como cotizaciones y bonos pensionales junto con los rendimientos y gastos de administración y que dicho fondo asuma con su propio patrimonio cualquier disminución en el capital; se condene a PORVENIR S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión por dicho fondo al momento de dictarse sentencia, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados los recursos a COLPENSIONES; costas y agencias en derecho (arch.02 fls.9-10).

PRIMERO: Que mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada se declare **LA ANULACIÓN POR INEFICACIA** del traslado del señor JORGE ARTURO ACUÑA GARCIA ante la omisión del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, **del deber de profesional de información.**

SEGUNDO: Que se ordene el TRASLADO Y AFILIACIÓN del señor JORGE ARTURO ACUÑA GARCIA, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida establecido en la ley 100 de 1993 a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, representada por el Dr. JUAN MIGUEL VILLA LORA o quien haga sus veces en sus faltas absolutas o temporales, como consecuencia de la anterior declaratoria de ANULACIÓN POR INEFICACIA, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad.

TERCERO: ORDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. , la devolución a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación del(la) demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil (Sentencia SU-062 de 2010), gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho(s) Fondo(s) con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del artículo 963 del Código Civil

CUARTO: Se declaren y reconozcan en favor del demandante, otro derecho diferente a los pretendidos en esta demanda, siempre y cuando los halle demostrado el operador judicial en aplicación de las facultades extra y ultra petita que conserva el operador judicial.

QUINTO: CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del FONDO DE PENSIONES al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados por el Fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que el demandante no quede desprotegido de su derecho pensional.

SEXTO: Condenar adicionalmente a los demandados al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades en caso de ser propuestas por la demandada según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P., y por los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

SEPTIMO: Condenar a las demandadas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P y por los Acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura

Las demandadas **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, considerando que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. COLPENSIONES adujo como ciertos los hechos referentes a: la fecha de nacimiento del demandante; la vinculación inicial al ISS hoy COLPENSIONES en el año 1988 y hasta 1996; las cotizaciones en el régimen de prima media por un total de 305.14 semanas; la afiliación vigente a PORVENIR S.A.; la petición de información elevada a COLFONDOS S.A.; la respuesta de dicha entidad; la solicitud de traslado de régimen elevada ante COLPENSIONES; la negativa de dicha entidad; la petición elevada a PORVENIR S.A. y la respuesta de dicha entidad; la solicitud de anulación de afiliación radicada ante COLFONDOS S.A. y la negativa de dicha entidad; la solicitud de anulación de afiliación radicada ante PORVENIR S.A. y la negativa de dicha entidad; la solicitud de cálculo actuarial a la firma Pensiones ABC y los resultados de dicha proyección. De los demás hechos señaló que no le constan por ser ajenos a la entidad. Como excepciones formuló: falta de legitimación en la causa; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; ausencia de vicios en el traslado; buena fe; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en por ineficacia de traslado de régimen; inoponibilidad por ser tercero de buena fe; improcedencia de la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional, en los casos en que la parte demandante se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; juicio de proporcionalidad y ponderación y; prescripción.

El A quo, mediante Auto 1038 del 06 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 343 del 08 de mayo 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.02 fls.1-22, 23-82, arch.03 fls.1-149), la contestación de PORVENIR S.A. (arch.06 fls.2-30, 31-116), así como la contestación de COLPENSIONES (arch.08 fls.3-18, 19-39), la contestación

de COLFONDOS S.A. (arch.09 fls.2-20, 21-36), 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; declaró la ineficacia del traslado de régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por COLFONDOS S.A, los posteriores traslados a PORVENIR S.A, a COLPATRIA hoy PORVENIR, el y cesiones por fusión a HORIZONTE hoy PORVENIR, y finalmente a PORVENIR S.A.; condenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores 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 porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, todos estos debidamente indexados como lo dispone el artículo 1746 del CC; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado y aceptar los valores enviados por PORVENIR S.A.; costas y agencias en derecho (arch.17 fls.5-6) (17Audiencia min38:20 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas **PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A Y COLPENSIONES**, por las razones expuestas anteriormente.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO de régimen efectuado por el señor **JORGE ARTURO ACUÑA GARCIA** del Régimen de Prima Media administrado por **COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual administrado por **COLFONDOS S.A**, el 27 de febrero de 1996 con fecha de efectividad el 01 de abril de 1996, los posteriores traslados entre administradoras a **PORVENIR S.A**, el 19 de junio de 1997 a 01 de agosto de 1997, y a **COLPATRIA** hoy **PORVENIR**, el 21 de octubre de 1999 con fecha de efectividad el 01 de diciembre de 1999 y cesiones por fusión a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR**, el 29 de septiembre del 2000 y finalmente a **PORVENIR S.A** el 01 de enero de 2014, por las razones expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** al ser el fondo al que actualmente se encuentra afiliado el demandante, 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 como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. 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 de la demandante, JORGE ARTURO ACUÑA GARCIA.

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 PORVENIR S.A. en los términos anteriormente expuestos.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, fijese la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000), a cargo de la 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 DE PESOS (\$2.000.000).

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 2007.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó que: es improcedente para la entidad aceptar la afiliación en virtud del artículo 02 literal e) de la ley 797 de 2003, ya que el demandante presenta su petición fuera del término legal establecido y se encuentra inmerso en la prohibición que estipula la Ley; en este proceso no se demostró ningún vicio en el consentimiento al momento del traslado de régimen ni en las posteriores afiliaciones a las otras AFPs; tampoco demostró falsedad en el formulario de afiliación o suplantación de su firma; el demandante ha estado afiliado y valida su decisión permaneciendo por más de 20 años en el RAIS y ha realizado diferentes afiliaciones dentro dicho régimen; no se tuvo en cuenta que la carga de la prueba es dinámica y si lo que motiva al demandante a retornar al RPM es una mesada pensional más favorable, tampoco se demuestra en su escrito cuáles son los beneficios que perdió al trasladarse a régimen de ahorro individual o porque desea vincularse en este momento al régimen de prima media con prestación definida, toda vez que COLPENSIONES exige un mínimo de 1300 semanas y el demandante no las reúne; el demandante no puede sustraerse de la aplicación de la Ley y dársele un tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar un contrato estuviera menguado frente a la elección de su régimen pensional y en este caso no se trata de un demandante lego sino que es profesional que puede entender respecto del tema y para el momento de la afiliación al RAIS lo que existía era un deber de información conforme al decreto 1661 en 1994 por lo cual también era responsabilidad del demandante

analizar la información que recibió mensualmente durante todos estos años por parte de las AFPs; debe tenerse en cuenta por lo que establece la Corte Suprema de Justicia mediante radicado 68852 que señala que si bien se impone un deber de información suficiente por parte de las administradoras pues esto no exonera a los afiliados del deber de acudir suficientemente ilustrados a la escogencia de su régimen pensional; también debe tenerse en cuenta lo que establece la sentencia SL 1120/2020 donde la sala laboral resuelve negar la nulidad del traslado por ser necesario demostrar dentro del proceso judicial que efectivamente el traslado ocurrió como consecuencia del engaño y del asalto a la buena fe por falta de una información veraz de parte de los fondos de pensiones; en igual sentido está la sentencia SL 2799/2014; el demandante no allegó prueba de haber sido asesorado y teniendo en cuenta además que en este caso no se practicó el interrogatorio de parte, por lo cual pues tampoco se conoce cuál fue la información que realmente recibió y estuvo recibiendo durante todos estos años que estuvo afiliado a los fondos de pensiones; debe tenerse en cuenta lo que establece la sentencia SL 413/2018 que expresó que la presencia o no de cotizaciones consistente en el formato de declaración no es la única expresión de voluntad y que existen otras tales como la permanencia en determinado régimen pensional y las diferentes afiliaciones horizontales entre AFPs del RAIS. Por lo anterior, solicita al Tribunal revocar la sentencia apelada y absolver de la condena en costas a la entidad, por cuanto para ésta no es posible modificar ni declarar ineficaz un acto de unas administradoras de pensiones totalmente ajenas; en caso en que se confirme en la decisión, se ordene el reintegro inmediato y detallado de todo lo de la cuenta de individual y todo lo correspondiente a las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas y gastos de administración, frutos, mejoras y toda la indexación que pueda recaer sobre todos estos valores (17Audiencia min42:33 y ss).

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. y argumentó que: no es posible la devolución de gastos de administración ordenada, teniendo en cuenta que de cada aporte un porcentaje fue destinado para cubrir el gasto de administración y para pagar el seguro previsional de la compañía de seguros; este descuento se encuentra debidamente autorizado por la Ley y la entidad ha administrado los recursos del demandante haciendo generar unos rendimientos en la cuenta de ahorro individual; no es posible la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima ni los seguros previsionales teniendo en cuenta que

durante todo el tiempo en que estaba afiliado el demandante con la AFP, estaba cubierto en cuanto a las contingencias de invalidez y de sobrevivencia. Por lo anterior, solicita al Tribunal que, en caso de que se confirme la sentencia, solamente se le ordene a la entidad la devolución de cotizaciones y rendimientos, pero sean revocada la orden de devolución de gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de mínima y los seguros previsionales indexados (17 Audiencia min50:30 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 02 de marzo 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.

La apoderada judicial de COLPENSIONES alegó de conclusión, se ratificó en los argumentos que sirvieron de sustento en la apelación y solicitó al Tribunal que se absuelva a la entidad.

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

Los apoderados judiciales del DEMANDANTE y COLFONDOS S.A., 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 JORGE ARTURO ACUÑA GARCÍA nació el 18 de febrero de 1968 (arch.02 fl.23), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 01 de abril de 1988 (arch.02 fl.25) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP COLFONDOS S.A., el 01 de abril de 1996, y sus posteriores traslados horizontales a PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A., tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.06 fl.104).

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas Afiliado presenta vinculaciones inválidas

Vinculaciones para : CC 79436969

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	1996-02-27	2009/05/16	COLFONDOS COLPENSIONES			1996-04-01	1997-07-31
Traslado de AFP	1997-06-19	2009/05/16	PORVENIR	COLFONDOS		1997-08-01	1999-11-30
Traslado de AFP	1999-10-21	2009/05/16	COLPATRIA	PORVENIR		1999-12-01	2000-09-28
Cesion por fusión	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2013-12-31
Cesion por fusión	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-01	

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.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 ibídem expresa: “Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones (...)**”

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o cualquier persona natural o jurídica que: “impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral”, con la consecuencia que **“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...)**”. (Las subrayas fuera de texto)

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

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso 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)¹, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el

deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, 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 COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 AFPs 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 resolutiveos 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 abril de 1996, realizó JORGE ARTURO ACUÑA GARCÍA del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 financieros¹, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993 y comisiones de todo tipo a cargo de su propio patrimonio. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, revocando la indexación ordenada en primera instancia y que se viabiliza por el estudio en

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...”*

consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Condenas que deberán asumir las AFP demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 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 COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 Corporación², al afirmar:

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

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

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

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

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.

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 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 **JORGE ARTURO ACUÑA GARCÍA**, 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 **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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 AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR 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. IMPONER a COLPENSIONES,** una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante.

SEGUNDO: 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.

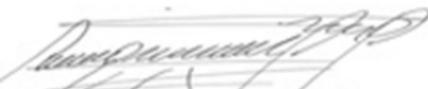
CUARTO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el microsítio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte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

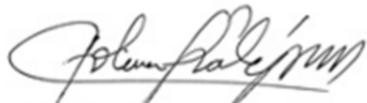
QUINTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con

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: **aa96945e0efa70084b11d595e4d8f95224b3a6e8f7a5ee77595f37d6e8c0d76d**

Documento generado en 11/05/2023 08:49:04 PM

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