

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE HÉCTOR FABIO DOMÍNGUEZ MARMOLEJO  
VS. PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 760013105 003 2018 00522 01

Hoy **nueve (09) de abril de dos mil veintiuno (2021)**, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, 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 y distanciamiento social por mandato del D. 206 del 26 de febrero de 2021, resuelve los recursos de **APELACIÓN** presentados por **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** y, el grado jurisdiccional de consulta en favor de ésta última, respecto de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **HÉCTOR FABIO DOMÍNGUEZ MARMOLEJO**, con radicación No. **760013105 003 2018 00522 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **29 de enero de 2021**, celebrada, como consta en el **Acta No. 04**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, en ambiente de virtualidad, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio) y la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver las apelaciones y la consulta respecto de la sentencia, en esta oportunidad que corresponde a la...

**SENTENCIA NÚMERO 121**

**SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES**

Afirma el actor que, nació el 26 de agosto de 1955, que realizó aportes al Sistema General de Pensiones como servidor público desde el 01 de septiembre de 1979, contando con 1583 semanas cotizadas entre el 01 de septiembre de 1979 y el 14 de septiembre de 2018, trasladándose el 12 de marzo de 1998 a Porvenir S.A., atendiendo las recomendaciones de la promotora comercial de dicha entidad, quien le brindó una información parcial e incompleta, no cualificada ni profesional y, sin una adecuada asesoría, pues no se le previno sobre las consecuencias futuras del traslado, por el contrario, le ofreció falsas promesas. Agregó que, por tal situación, estuvo engañado desde el momento de su afiliación en dicho fondo de pensiones y hasta el momento en que se le efectuó su primera proyección de la mesada pensional, lo que desdibujó por completo su convicción errada de que se encontraba en el mejor escenario para pensionarse.

Por su parte, las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, se opusieron a las pretensiones, pues considerando que la afiliación del actor se hizo con el lleno de los requisitos legales y que, el traslado fue libre y espontáneo.

### **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

En sentencia proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, ordenó la A quo a **PORVENIR S.A.**, trasladar a **COLPENSIONES** los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración. Así mismo, le ordenó a ésta última que, aceptara el traslado del demandante del RAIS, junto con el dinero de su cuenta individual y rendimientos financieros.

### **APELACIONES**

Inconforme con la decisión, la apoderada de **PORVENIR S.A.** la apeló argumentando que, en este caso no se vulnera ningún derecho en cabeza del demandante, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no

existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debía otorgada las AFP al momento del traslado de régimen pensional. Agrega que, si bien la jurisprudencia de la CSJ SCL, predica el deber de suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realiza, lo cierto es que, no puede pasarse por alto que, además de la información que su representado dio al momento de la afiliación, se hace necesario señalar que, la norma en comento hace alusión a entidades fiduciarias vigiladas por la Superintendencia cuyos productos no se encuentran regulados en la ley, y por tanto, es claro que la entidad da una información determinada para que el afiliado tenga pleno conocimiento de las condiciones y características del producto que está adquiriendo; sin embargo, en el caso de las AFP las consideraciones deben ser diferentes, porque las características del régimen de ahorro individual se encuentran consagradas debidamente en la Ley 100 de 1993.

Señala que, la obligación de otorgar información clara, precisa y oportuna respecto de la afiliación, nace del ordenamiento jurídico, a partir de la entrada en vigencia del decreto 2241 de 2010, y sobre las consecuencias del traslado de régimen desde el Decreto 2071 de 2015, por lo que, para el momento en que el demandante y su representado hicieron la afiliación, no existía el deber de información exigido por el Despacho, en consecuencia, la afiliación es totalmente válida al no encontrarse viciada por ninguna de las causales establecidas en el Código Civil y, por ello, nació a la vida jurídica y permaneció en el tiempo conforme a la voluntad del afiliado.

Frente a la condena de realizar el traslado de los gastos de administración, sin que se tome como manifestación en contra de los intereses de su representada, señala que no es procedente, y en caso de que el Tribunal decida confirma la sentencia, se debe tener en cuenta lo reglado por el artículo 1746 del CC., que establece que no hay obligación de devolver tal emolumento. Así las cosas, solicita se revoque la sentencia, se absuelva de las pretensiones de la demanda y se declaren probadas las excepciones de fondo formuladas.

Por su parte, **COLPENSIONES** la apeló argumentando que, se debe tener en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera, la financiación y la fiscalidad de la seguridad social, agregando que, al declararse la nulidad por ineficacia de la afiliación, se genera un traumatismo para el Estado, ya que la carga prestacional no se encontraba en cabeza de Colpensiones sino del Fondo Privado, visualizándose una inestabilidad jurídica y financiera que generan los traslados faltándole a los afiliados menos de 10 años para pensionarse.

Respecto del deber de proporcionar información, señala que, el Decreto 2051 de 2015 y la jurisprudencia de la CSJ, refieren que se debe proporcionar por la Administradora información completa de los beneficios e inconvenientes del traslado, pero si ello fuera posterior a que el demandante realizara el traslado, es decir, a la época en que se realizaron las afiliaciones, bastaba solo con el consentimiento y éste fue expreso dentro de los formularios y, las leyes y la jurisprudencia, que es un criterio auxiliar, no pueden ser retroactivas.

Frente al vicio de consentimiento, refiere que el artículo 502 del Código Civil señala que, los requisitos para que una persona pueda obligarse, es necesario que consienta su voluntad en dicho acto y, el artículo 508 ibídem establece que los vicios del consentimiento son el error, el dolo y la fuerza, y en el caso que nos ocupa, es un desconocimiento de la ley o ignorancia, que no vicia el consentimiento. Culmina indicando que, con base en la ley y la constitución, es el afiliado que en últimas decide qué régimen le puede servir, y no como quieren argumentar que la afiliación es nula o ineficaz porque no se le dieron explicaciones, ya que, la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, y en el caso en concreto se tenía conocimiento.

## **CONSULTA**

Igualmente, por haber resultado la decisión desfavorable a la demandada COLPENSIONES, se impone a su favor el grado jurisdiccional de consulta.

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

Mediante providencia del 25 de enero de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado judicial de Colpensiones, mediante escrito allegado al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral formuló alegaciones, solicitando que, se revoque la sentencia de primera instancia, en la medida que, se pretende invalidar un acto que ya produjo sus efectos jurídicos, pues el actor efectuó por muchos años sus aportes en pensión al fondo privado y, por tanto, refiere que no es posible endilgarle en la actualidad obligaciones a su representada. Agrega que, la afiliación al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía el demandante de la libre escogencia del fondo de pensiones, razón por la cual, no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento. Así las cosas, pide que se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

La apoderada judicial de la demandada Porvenir S.A. formuló también alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y, en consecuencia, solicita se revoque en su integridad el fallo de primera instancia, para en su lugar, absolver a su representada de todas pretensiones incoadas.

## **INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuradora 28 Judicial II Para Asuntos Laborales, en su calidad de Agente del Ministerio Público, intervino en el proceso, argumentando que, pese a que la carga dinámica de la prueba estaba a cargo de Porvenir, no se evidencia en el plenario que, al momento de realizar la vinculación del actor, haya cumplido con la obligación de suministrar una información clara, objetiva, transparente y comparada, sobre las de ambos sistemas, para permitirle valorar las consecuencias del traslado y, en ese sentido, no se

puede entender que exista una manifestación libre y voluntaria del afiliado. Por lo anterior, solicita se confirme la decisión condenatoria.

### CONSIDERACIONES:

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 del demandante resulta nulo o ineficaz?

Dentro del plenario quedó plenamente acreditado que **HÉCTOR FABIO DOMÍNGUEZ MARMOLEJO nació el 26 de agosto de 1955** (fls. 12, 13), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el **23 de marzo de 1994** (fls. 26-28, 76-78) hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el **12 de marzo de 1998**, tal como se registra en la solicitud de vinculación (fl. 19) certificación del ISS y de Asofondos (fls. 23, 202-203). Así mismo, de la documental allegada, se extrae que, el actor prestó servicios como **trabajadora del sector público** entre 1979 y 1985, previo a su traslado al ahorro individual (fls. 16-18)

De manera que, lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide el demandante se declare nula, al considerar que la AFP PORVENIR S.A., no la asesoró respecto de los alcances negativos que le generaban el traslado de régimen, sumado a que no tuvo conocimiento expreso sobre el sistema general de pensiones, cerca de sus ventajas y desventajas, ya que la obligación de veracidad en la información recae exclusivamente en el ejecutivo de cuenta de la AFP y no en el ciudadano común.

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 (...)**”.*

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 surtirse 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 STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), SL-3464-2019 (14-08-2019), SL-4426-2019, **SL-1689-2019**, 1688, SL-76284-2019, **SL-1452-2019**, SL-1421-2019, **SL-4964-2018**, **SL4989-2018**, SL17595-2017 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)<sup>1</sup>, **SL 19447-2017** del 27 de septiembre de 2017 (M.P. Gerardo Botero Zuluaga) STL11385- del 18 de julio de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena), SL9519-2015, **SL12136 de 2014** (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), 46.292 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortíz), **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 **SL31314**, del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

---

<sup>1</sup> *“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”.*

Las decisiones del año 2019, resaltaron las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargos de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información **necesaria** y **transparente** por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el parágrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, 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”.*

*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 tal 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)”.*

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, la AFP 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, la **AFP PORVENIR S.A.**, no demostró 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, no realizaron en su debida oportunidad 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 actor desde un principio, 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 fortalece en 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), razones por las que, la sala no acoge los planteamientos expuestos por las demandadas al sustentar la alzada.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutiveos segundo y tercero de la sentencia, habrá de confirmarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- el traslado que el 12 de marzo de 1998** realizó el señor HÉCTOR FABIO DOMÍNGUEZ MARMOLEJO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP **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 actor, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros<sup>2</sup>, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas,

---

<sup>2</sup> CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: *“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio*  
M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

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. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.<sup>3</sup>).

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 actor, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que debe subsanar **PORVENIR S.A.**, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en dicha 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, razones por las que, la Sala no acoge los planteamientos expuestos en el recurso de apelación efectuado por **PORVENIR S.A.**

Así mismo, se impone a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales a la

---

*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...”*

afiliada. Esto porque resulta innecesaria la exigencia de equivalencia del ahorro contenida en los decretos 3800 de 2003 -literal b) del artículo 3º- y 3995 de 2008. Véase al efecto, la sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia **11001-03-25-000-2007-00054-00 (1095-07) del 6 de abril de 2011 (C.P. Gerardo Arenas Monsalve)**.

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

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

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

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

Ahora, respecto de la prescripción, basta recordar que, de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del*

---

<sup>3</sup> 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 (...). ”

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

*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 numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de:

I. **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **DEVOLVER** 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 actor, si fuere el caso.

II. **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, 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.

III. **IMPONER** a **COLPENSIONES** 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A, apelantes infructuosos, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 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.

-firma electrónica-

**MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**  
Magistrada



**LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**  
Magistrado



**CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**  
Magistrado

**Firmado Por:**

**MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 008 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

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:

**1bfd2a8d0068aefa0b3e8fd7b4fa45ddda98a2fcd1506c50be05efbb41f9628  
b**

Documento generado en 08/04/2021 09:50:55 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:  
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**