

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ**  
VS. **PORVENIR Y COLPENSIONES**  
RADICACIÓN: **760013105 004 2019 00155 01**

Hoy trece (13) de agosto 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 aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 206 del 26 de febrero de 2021, resuelve la **APELACIONES** de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como la **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 193 dictada por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ** contra **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 004 2019 00155 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 23 de abril de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.26**, 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** en esta que corresponde a la...

**SENTENCIA NÚMERO 287**

## ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad absoluta del traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, debiéndose girar a COLPENSIONES el valor de los aportes cotizados, bonos pensionales, sumas adicionales junto con los frutos e intereses que posea en su cuenta de ahorro individual.

## SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante a través de su apoderado judicial, que nació el 27 de agosto de 1962, que se afilió al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales a partir del mes de septiembre de 1985 hasta mayo de 1996, fecha a partir de la cual empezó a cotizar, trasladándose a Horizonte Pensiones y Cesantías, fusionada con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

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

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO 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 a la AFP PORVENIR S.A., transferir a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración, por todo el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dicha entidades.

Condenó al AFP PORVENIR S.A., a pagar la suma de \$900.000 por concepto de costas procesales y a COLPENSIONES la suma de \$200.000.

**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., por las razones esgrimidas en esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de la señora GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ realizada en el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

**TERCERO: ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, que proceda a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración.

**CUARTO: ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- que proceda a recibir por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, la totalidad de lo ahorrado por la demandante señora GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, conservando para ese efecto la demandante, todos sus derechos y garantías, que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

L.GOV.CO

**QUINTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal Laboral y de la seguridad social modificado por el artículo 14 de la ley 1149 de 2.007.

**SEXTO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a la suma de **\$900.000** por concepto de costas procesales y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a la suma de **\$200.000** por concepto de costas procesales.

La presente decisión, se notifica a las partes en estrado.

La parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A presenta recurso de apelación contra la Sentencia No. 193. El recurso de apelación se sustenta en la presente diligencia.

## RECURSOS DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de **PORVENIR S.A.**, solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, por cuanto no procede la nulidad de cambio de régimen, en tanto no se acreditó que para realizar estos actos jurídicos, la demandante fuera una persona incapaz absoluta ni le falta

algún requisito formal para su validez. Lo que sin lugar a dudas en gracia de discusión de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen pensional que no se presenta necesariamente se trataría de las reguladas por la ley como nulidades relativas las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo como ocurrió en el presente asunto.

Argumentó que no es viable mantener la decisión del *a quo*, pues no se puede obviar que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó, con la suscripción de afiliación como traslado de régimen pensional, y con todos los actos que efectuó dentro del régimen los cuales convalidan precisamente la decisión de permanecer en dicho régimen pensional. Por ejemplo, realizó el pago de los aportes que un futuro le generaran el derecho a percibir el pago de la pensión de invalidez, vejez o muerte, dejar causado a sus beneficiarios el derecho a percibir la pensión de sobrevivencia lo que de plano contradice las afirmaciones de la parte actora, en el sentido de haber sido engañada o no haber recibido la asesoría al momento de afiliarse o trasladarse al RAIS, actuaciones que se atemperaron también a las exigencias del artículo 114 de la ley 100 de 1993, lo que indica que no se trataba de una simple declaración que haya sido incluida en un formato de afiliación sino de un consentimiento expresado sobre la firma de la parte demandante quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Indicó, que PORVENIR S.A. siempre garantizó el derecho de retracto como lo dispone el artículo tercero del Decreto 1161 de 1994, también en el literal e) artículo 13 de la ley 100 de 1993, y la modificación introducida por el artículo 2º de la ley 797 de 2003, reglamentado por el decreto 3800 del mismo año informándose sobre la posibilidad con la que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003.

Con relación a la obligación del deber de información, el asunto fue revisado por la Superfinanciera en un concepto del 29 de diciembre de 2015, donde también se revisó lo pertinente a la ley 1748 de 2014, el decreto 2071 de 2015, conceptuándose que para la existencia del ISS, no había obligación de mantener constancias escritas de las asesorías que se daban a los potenciales

afiliados a dicho régimen pensional de manera que no puede llegarse a la conclusión de que mi representada faltó, como quiera que la información y asesoría recibida por la actora, estuvo conforme con las normas vigentes, la fecha en que realizó su traslado de régimen pensional, frente al tema de proyección de la mesada pensional, el hecho de no realizar la misma o no cumplirse la expectativa no puede configurar una causal de nulidad, o ineficacia del traslado de régimen pensional como también tuvo la oportunidad revisarlo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 11 de noviembre de 2008, radicación 31989.

En cuanto a las condiciones propias del RAIS, para tener derecho al reconocimiento de una pensión de vejez estos beneficios pensionales, se reconocen dependiendo del capital que se logre acumular, en la cuenta de ahorro pensional del afiliado, conforme lo dispone el art. 64 de la ley 100 de 1993, por lo cual dependerá del capital que la demandante logre acumular en su cuenta de ahorro pensional para establecer dicho beneficio, lo cual solo puede verificarse en el momento en que la señora Gloria Amparo lozano Chávez, eleve la respectiva reclamación ante el fondo de pensiones.

En relación con las consideraciones del juez para proferir la condena, consideró que la acción presentada se encuentra prescrita según los artículos. 488 y 151 teniendo en cuenta que la nulidad de los actos, deben demandarse dentro de un término expresamente señalado por la ley, que el presente caso no fue tenido en cuenta por la hoy demandante, en este orden de ideas y si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación de la actora al RAIS es ineficaz o se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento como error, fuerza o dolo cualquier declaración de nulidad de ineficacia de dichos actos, estaría actualmente prescrita también conforme al art. 1750 del C.C., teniendo en cuenta que la acción versa no, sobre la adquisición del derecho pensional como tal sino que está encaminada a la ineficacia de la nulidad o el traslado de régimen pensional para retornar al RAIS con el propósito no de obtener el derecho mismo sino el mayor valor de la mesada pensional y por ello no puede afirmarse que dicha acción sea imprescriptible, aún cuando sea materia exclusiva del Régimen General de

Seguridad Social Integral, y se constituya con el fin de asegurar la entrega de la prestación pensional.

Frente al traslado de los rendimientos y gastos de administración, y por ende de confirmarse la existencia de ineficacia del traslado de régimen señalada en el numeral segundo de la sentencia, deberá revocarse la condena de trasladar rendimientos y gastos de administración, en tanto la comisión, es aquella que cobra la AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados. De cada aporte del 16% del IBC, que ha cotizado el afiliado, se descuenta un 3% para cubrir los gastos de administración, y para cubrir el pago del seguro previsional de invalidez y sobrevivencia contratado, con la compañía de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, descuentos que se encuentran admitidos en el art. 20 de la ley 100 de 1993, y que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el de prima media. Se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta individual, descuentos que realizó conforme con la ley y como contraprestación de una buena gestión acorde a cómo se encuentra legalmente permitido en el sistema general de pensiones.

Solicita se declare demostrada la excepción de compensación, teniendo en cuenta que si declara la nulidad o ineficacia del traslado de dicho régimen todo vuelve a su estado original respecto de la afiliación al régimen de prima media. Razón por la cual los rendimientos que se hayan generado en favor de la parte actora deben compensarse con los gastos de administración que se están imponiendo a mi representada teniendo en cuenta que siempre se actuó ajustado a la ley y a la Constitución.

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó del Juez de segunda instancia, se tenga en cuenta el grado de escolaridad y la edad de la demandante, pues no es apropiado invocar un vicio del consentimiento cuando es evidente que la afiliación al RAIS, fue realizada con la intención y libertad, así las cosas, la duda en todo caso excluye el vicio del consentimiento. Solicita se tenga en cuenta que la demandante, se afilió en el año 1996 al RAIS sin que desde esa fecha haya demostrado la clara intención de retornar al RPM.

## CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta.

### ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 25 de junio 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.

**La parte demandante**, remitió al correo de la Secretaria de la Sala Laboral, el escrito de sus alegaciones, solicita de esta instancia se confirme la decisión proferida por el Juzgado. Indico que encontrándose afiliada la demandante al ISS hoy Colpensiones, efectuó su traslado al RPM administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías, a través de un asesor no le dio una información veraz. Que Porvenir no demostró haber brindado a la demandante la asesoría debida.

**La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, descorrió del traslado para alegar, mediante escrito remitido a la secretaria de la Sala Laboral, solicitó que se revoque en su integridad la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020 por el Juzgado 4 Laboral del Circuito de Cali, por no haberse acreditado la existencia de vicio de consentimiento alguno, en virtud de lo expuesto en el artículo 1741 del Código Civil. Que el formulario de afiliación suscrito por la demandante, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP, y el parágrafo del artículo 54 del CPTSS. Indicó que durante el tiempo de vinculación de la demandante con el fondo, esta permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado, conducta que en la línea de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral se deben considerar como “La verificación de la Voluntad del afiliado”. Que no debe ordenarse la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de la actora, por lo que considerarse que se causen a su favor valores adiciones generan un enriquecimiento sin causa, en consecuencia los gastos de

administración, como tampoco las primas de seguros, no corresponden a valores que pertenecen a los afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales, por no financiar la prestación de vejez.

**Por su parte la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-**, alego de conclusión los cuales sustentó en que el traslado al RAIS tiene plena validez con la AFP PORVENIR S.A., y la omisión de la información vital que debe preceder al cambio de régimen, es un asunto que debe demostrarse en juicio. Indicó que la demandante a la fecha de admisión de la demanda, contaba con 56 años edad, por lo que existe imposibilidad de trasladarse de régimen.

### **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 de la demandante resulta nulo o ineficaz?

Dentro del plenario quedó acreditado que **GLORIA AMPARO LOZANO CHACEZ, nació el 27 de agosto de 1962**, estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 18 de septiembre de 1985 (fl. 29 pdf, historia laboral) trasladándose al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR (FL.23 PDF), en agosto de 1996 según se extrae de la historia laboral de PORVENIR S.A., documento denominado “Historia Laboral en Porvenir S.A.”.

El formulario de vinculación de la AFP Porvenir, número 767861, contiene la siguiente información:

- Información del afiliado:** Gloria Amparo Lozano Chavez, número de afiliación 89861115, departamento de Valle, ciudad de Cali.
- Información del empleador:** Fundación Valle del Litoral, departamento de Valle, ciudad de Cali.
- Información personal:** Fecha de nacimiento 12-17-78, sexo femenino, estado civil casada.
- Información laboral:** Salario mensual de \$ 317.000,00, categoría C-03.
- Información de contacto:** Teléfono 3124741, correo electrónico g.lopez@fundacionvalle.org.co.

Así mismo, de la documental allegada resulta que la demandante prestó servicios como **trabajadora del sector privado** previo a su traslado al ahorro individual.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula, al considerar que la AFP PORVENIR, omitió brindarle información veraz acerca de las diversas variables económicas y cálculos matemáticos que influirían en el monto de la pensión de vejez al igual que hiciera que su consentimiento fuera suficientemente informado.

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**

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

*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 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 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).

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

---

<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”.*

**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 numeral 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, las AFP PORVENIR al momento de realizar la vinculación con la hoy demandante, le suministrara la información 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, no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la 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 PORVENIR , no realizó una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, la demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas.

Falencia que se 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 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).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutiveos segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia, pues habrá de modificarse indicando que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que en agosto de 1996 (fl. 24)** realizó GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ. del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP **PORVENIR** 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 financieros<sup>2</sup>, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20

---

<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 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...”*

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>).

Condenas que debiera asumir las AFP´s demandada **PORVENIR S.A.**, por los respectivos períodos 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 ellas recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente, y por ende, se responsabilizan de la demostración del cumplimiento del deber de información y las consecuencias de no hacerlo, dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que deberá 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 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

---

<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 (...).”

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

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

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

---

<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.

Por último debe advertir esta Colegiatura, respecto del punto de apelación por el apoderado de PORVENIR S.A, sobre la declaratoria de COMPENSACION que no fue propuesta en su oportunidad tal como acontece en escrito, visible a folios 124 a 141 del PDF, ya que por expreso mandato del artículo 282 del C.G.P esta debe alegarse desde la contestación de la demanda.

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,

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

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales **PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO Y CUARTO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de:

**I. ORDENAR** a los Fondos de Pensiones **PORVENIR S.A.**, para que en el término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutará de la presente sentencia, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán a la demandante, si fuere el caso.

**II. CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, que dentro del término antes señalado, devuelva 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 **GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ**, 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 a la afiliada demandante **GLORIA AMPARO LOZANO CHAVEZ.**

**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 \$1'000.000, a cargo de cada una. **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

**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: **5c3f7ce4feec06c1a0d5894be5fad872bd0f3953a0d86044e4926e85889b1f6b**

Documento generado en 12/08/2021 09:50:35 p. m.

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