

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE HENRY ALBERTO DUEÑAS BARRETO
VS PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCION S.A., Y COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 012 2020 00459 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 las **APELACIONES** de PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCION S.A., así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **HENRY ALBERTO DUEÑAS BARRETO**, contra **PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCION S.A. Y COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 002 2020 00459 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 14 de mayo de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.32**, 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 288

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad de la afiliación** producida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como trasladar a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con los frutos, intereses y rendimientos.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderada judicial, que nació el 15 de marzo de 1959, afiliándose a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL CAJANAL e iniciando aportes desde el 16 de septiembre de 1983, e insertándose, sin haber transitado por el ISS, al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. para el mes de enero de 2004, realizando traslado a COLFONDOS entre noviembre de 2014 y julio de 2016, luego a PROTECCION S.A. desde agosto de 2016 a diciembre de 2018 y retornó nuevamente a PORVENIR en enero de 2019.

Las demandadas **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS 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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la ineficacia de la afiliación** al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que existan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos.

SENTENCIA DE ORALIDAD EN PRIMERA INSTANCIA No. 133

Suficientes son las anteriores consideraciones para que el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, Administrando Justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por **AUTORIDAD DE LA LEY**.

RESUELVA

PRIMERO: DE CLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por **COLPENSIONES**, y **PORVENIR**.

SEGUNDO: DE CLARAR la **INEFICACIA DEL TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor **HENRY ALBERTO DUEÑAS BARRETO** y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del último régimen, conservándose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, sin solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán al demandante, si fuere el caso.

CUARTO: CONDENAR a **PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN** a devolver los gastos de administración previstos en el literal g) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administraron las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.

QUINTO: COSTAS a cargo de **PORVENIR, COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES**, a favor del accionante. Téanse por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: REMITIR el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

SÉPTIMO: INFORMAR al **MINISTERIO DEL TRABAJO** y al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.
LA PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS

RECURSOS DE APELACION

Inconforme con la decisión del *A quo* el apoderado de **PORVENIR S.A.** apeló la sentencia No. 245 de 18 de noviembre de 2020, para que sea revocada en esta instancia, indicó que, no obstante encontrarse acreditada que si le fueron advertidas al demandante las consecuencias del traslado de régimen, decidió libre y voluntariamente realizarlo.

Señaló que el demandante, no hizo uso del derecho de retracto de su afiliación, quien se trasladó en dos oportunidades a las AFP **PORVENIR S.A.**, ello de conformidad con lo previsto en artículo 3 del decreto 1161/1994. Tampoco

manifestó su deseo de regresar al Régimen de Prima Media, en los términos del artículo 1 del Decreto 3800 del 2003.

Ahora bien, las normas que se promulgaron sobre la viabilidad del traslado de régimen pensional vigentes para la fecha en que la parte actora realizó sus traslados, de régimen pensional, y antes de entrar en el rango de prohibición de edad, para cambiar nuevamente de régimen, no les imponían a los fondos privados la obligación de brindar asesoría necesaria en cuanto a la ilustración correspondiente a la favorabilidad, en relación con el monto de la pensión. Situación que no aplica al caso concreto, por cuanto la misma solo se vino a dar a través de la expedición de la ley 1748 2014 y 2071 de 2015, razón por la cual es dable entender que si cumplió con el deber de información y la asesoría teniendo en cuenta que de conformidad con el decreto 692 de 1994, la única exigencia era el formulario de afiliación, del cual no se realizó reparo alguno por el demandante, y el cual firmó ese en señal de aceptación.

Solicita de esta instancia, el recurrente, se estudie la excepción de prescripción porque la acción no solo versa sobre el derecho pensional, sino que está encaminada a obtener no el derecho mínimo sino el mayor valor de mesada pensional razón por la cual no puede afirmarse que esta sea imprescriptible, aunque sea materia del sistema de seguridad social, y se constituya con el fin de asegurar la entrega de la prestación pensional.

Reclama que, en lo que respecta a la ineficacia de la afiliación, se revoque lo pertinente a los gastos de administración y las demás condenas accesorias, teniendo en cuenta que conforme al decreto 3395 de 2008, frente al traslado de los aportes del régimen pensional se debe respetar la destinación de los aportes pensionales realizados y la gestión de administración desarrollada por el Fondo de Ahorro Individual que los administra.

Durante todo el tiempo que la parte demandante estuvo afiliada al AFP PORVENIR S.A., el fondo administró los dineros que el demandante depositó en su cuenta de ahorro individual, gestión que se realizó con la mayor diligencia y cuidado, por cuanto es una entidad financiera experta en la gestión de los recursos de propiedad de sus afiliados y adicionalmente dicha gestión de administración, se vio evidenciada en los rendimientos financieros que ha generado la cuenta de ahorro individual de la parte demandante.

Que no es procedente, lo resuelto por la Juez de primera instancia, que dispuso la devolución de lo descontado por comisión, porque estas ya se dedujeron, en virtud de lo expuesto en el artículo 1746 del Código Civil, que establece que el fruto o la mejora es el rendimiento del ahorro.

Advirtió que, en caso de perseverar en la devolución de las comisiones, se causaría un enriquecimiento sin causa, en detrimento del patrimonio de PORVENIR S.A. y a favor del demandante.

Pide que se declare demostrada la excepción de compensación, en virtud de que al declararse la nulidad de afiliación, o la ineficacia, todo debe regresar a su estado original, y en ese orden, los rendimientos que se hayan presentado a favor de la parte actora, deben compensarse con los gastos de administración.

Por último, solicita se declare próspera la excepción de prescripción, para aquellas condenas más allá de la ineficacia, al igual que para el sustento de la condena en costas, solicita se tengan en cuenta esos mismos argumentos.

La apoderada judicial de **COLFONDOS**, por su parte se opuso a la condena proferida por la *A quo*, respecto de la devolución de los gastos de administración, las comisiones y primas de seguros.

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.** adujo respecto a los gastos de administración, ser cierto que Colfondos efectuó un trabajo, manejó unos recursos, hizo la tarea en su época y por lo tanto no habría lugar a devolver más dineros., como tampoco, los rendimientos, intereses y el mismo capital, mientras estuvo afiliado.

Por último, señaló que no hay lugar a las costas porque cumplió con su obligación, no debería declararse la nulidad.

CONSULTA

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

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.

El apoderado judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. describió del traslado para alegar, remitiendo al correo de la Sala Laboral, escrito en el que solicita revocar la sentencia proferida en la primera instancia, por cuanto no demostró que haya sobrevenido vicio de consentimiento alguno, previsto en el artículo 1714 del Código Civil. Que por existir norma especial que regula la libre elección del afiliado, como lo es el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 señaló que el formulario de afiliación suscrito con el demandante es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT, que además contiene la declaración del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre espontánea y sin presiones, sumado a que el documento no fue tachado ni desconocido.

Indicó que al demandante en su traslado ocurrido en el año 1997, le fue suministrada la información clara y oportuna, producto de lo cual ha permanecido en el RAIS, conducta que permite concluir de persistir en mantenerse en él. Que por no haberse demostrado ninguno de los presupuestos previstos en la ley para declarar la nulidad absoluta, como tampoco la ineficacia de la afiliación debe revocarse la sentencia proferida en primera instancia.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., remitió sus alegaciones al correo de la Secretaría de la Sala Laboral, en los que indicó que no es procedente la devolución de la comisión de administración, para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra autorizado

en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Que la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca PORVENIR en cesión por fusión de Horizonte, debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y por lo tanto sus rendimientos no se causaron y en ese orden los frutos y las mejoras productos de la buena administración del fondo, debe conservarlas el fondo.

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 el demandante **nació el 15 de marzo de 1959** (fl. 1 pdf) estuvo afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, desde 16 de septiembre de 1983 (fl.17 anexos demanda), hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP **HORIZONTE** desde el 23 de noviembre de 1995; a **COLFONDOS** desde el 1 de diciembre de 2003 y **PROTECCION** desde el 20 de junio de 2016.

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante prestó servicios como **trabajador del sector público en toda su vida laboral**.

Nota de la consulta: 11/05/2020
Afiliado: CC 5751374 HENRY ALBERTO DUEÑAS BARRETO Ver detalle

Vinculaciones para: CC 5751374						
Tipo de vinculación	Fecha de afiliación	Fecha de cesación	AFP destino	AFP origen	AFP originaria de transición	Fecha inicio de cotización
Traslado régimen	1985-11-25	2004-04-16	HORIZONTE	COLPENSIONES		1985-12-31
Traslado de AFP	2000-02-23	2004-06-16	PORVENIR	HORIZONTE		2000-04-31
Traslado de AFP	2005-12-29	2004-06-16	HORIZONTE	PORVENIR		2001-02-31
Traslado de AFP	2021-11-24	2004-04-16	PORVENIR	HORIZONTE		2022-04-31
Traslado de AFP	2003-12-01	2004-04-16	COLFONDOS	PORVENIR		2004-02-31
Traslado de AFP	2004-10-28	2004-12-17	HORIZONTE	COLFONDOS		2004-12-31
Cesión por fusión	2014-01-01	2013-12-28	PORVENIR	HORIZONTE		2014-01-31
Traslado de AFP	2014-06-11	2014-10-20	COLFONDOS	PORVENIR		2014-11-31
Traslado de AFP	2016-06-20	2016-07-13	PROTECCION	COLFONDOS		2016-08-31
Traslado de AFP	2016-11-15	2016-12-11	PORVENIR	PROTECCION		2016-01-31

10 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migratorias de Marquies para: CC 5751374						
Fecha de afiliación	Fecha de cesación	Código de afiliación	Detalle de afiliación	AFP	AFP originaria	AFP actualizada
1985-11-25	1985-09-15	79	AFILIACIÓN	HORIZONTE		
2000-02-23	2000-02-28	79	TRASLADO AUTOMÁTICO	PORVENIR	HORIZONTE	
2005-12-29	2001-01-10	79	TRASLADO AUTOMÁTICO	HORIZONTE	PORVENIR	
2001-11-24	2001-12-27	79	TRASLADO AUTOMÁTICO	PORVENIR	HORIZONTE	
2003-12-01	2004-01-27	79	TRASLADO AUTOMÁTICO	COLFONDOS	PORVENIR	

7 registros encontrados, visualizando todos registros.

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 las **AFP`s HORIZONTE, PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCION**, no le brindaron información o asesoría profesional completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, respecto de las consecuencias que tendría a futuro. Así como tampoco le dio información acerca del plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento.

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

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

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias 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)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), 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 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, modificadorio 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).

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

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, las **AFP's HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCION 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's HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., PROTECCION, COLFONDOS y PORVENIR S.A.** nuevamente, 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 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 los apoderados de PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCION.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos tercero y cuarto de la sentencia, habrá de confirmarse que resulta **ineficaz—en sentido estricto o de pleno derecho- la afiliación que el 23 de noviembre de 1995, realizó el demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y su posterior traslado entre AFP´s a COLFONDOS, PROTECCION y PORVENIR S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, devolución de las cotizaciones voluntarias si las hubiese, así como también la devolución de los gastos de administración previstos 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.³).**

Condenas que deberán asumir las AFP´s demandadas HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN**, por los respectivos

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

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

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 las aquí demandadas, en ellas recaen como absorbentes o cesionarias *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.

Cabe aclarar también que en virtud de la afiliación previa a la Caja Nacional de Previsión Social, como el demandante se encontraba vinculado a la Rama Judicial, a partir del 16 de septiembre de 1983, en principio podría decirse que la ineficacia del traslado, produciría el efecto de retornar a la misma entidad, no obstante con el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, se dispuso la liquidación obligatoria de CAJANAL EICE, lo que implica que debe darse aplicación al artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que dispone: *“(…) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, **así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.**”* (Subrayas y negrilla del Despacho).

Así, como el demandante se insertó al RAIS y ante la imposibilidad de retornar a CAJANAL quien debe asumir su retorno al régimen de prima media, debe ser COLPENSIONES, tal como lo determinan las normas en cita, en armonía

con el artículo 128 de la ley 100 de 1993 y la prohibición contenida en el artículo 129 ibídem de creación de nuevas entidades de previsión o de seguridad social del sector público.

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 pueda acoger la relación jurídica de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que deben subsanar HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCIÓN 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 las AFP’s, 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 Corporación⁴, al afirmar:

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

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

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

Ahora respecto de la prescripción, basta rememorar 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

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

su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

Frente el argumento expuesto por los apoderados **PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN** al sustentar la alzada respecto de la condena en costas, 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.

Por último, debe advertir esta Colegiatura, respecto del punto de apelación por el apoderado de PORVENIR S.A, sobre la declaratoria de COMPENSACION que si bien fue propuesta en su oportunidad, no se advierte respecto de qué rubros se producirá la compensación, vacío que no puede suplirse con la apelación, deviniendo impróspera.

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

I.**ORDENAR** a los Fondos de Pensiones **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCION y PORVENIR S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, DEVUELVA a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación 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.

II. **CONDENAR** a HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCION y PORVENIR S.A.**, en el 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.

III. **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., PROTECCION S.A. y COLFONDOS**, 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:
8e950adf61347c88dd46f63b6f8584c61be5968e79ee792ba5903e84b9312eb8

Documento generado en 12/08/2021 10:00:12 p. m.

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