

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE JOSE LUIS HURTADO GUERRA  
VS. PORVENIR, COLFONDOS Y COLPENSIONES  
RADICACIÓN: 760013105 012 2019 00698 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 **APELACION** de **PORVENIR S.A.**, así como la **CONSULTA** a favor de **COLPENSIONES**, respecto de la sentencia No. 245 de 18 de noviembre de 2020, dictada por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JOSE LUIS HURTADO GUERRA**, contra **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 012 2019 00698 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 30 de abril de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 28**, 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 292**

## ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia de la afiliación** 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 en nombre propio, que nació el 23 de marzo de 1961, que se afilió al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, permaneciendo en el hasta el 28 de febrero de 1997, trasladándose al régimen de ahorro individual al fondo PORVENIR S.A. Que con posterioridad asesores de COLFONDOS S.A., visitaron el sitio de trabajo del demandante para convencerlo de trasladarse con ellos por tener mejores rendimientos, firmando el formulario de su afiliación con COLFONDOS S.A. el 24 de noviembre de 2000, permaneciendo allí hasta el 10 de agosto de 2004, fecha en decidió afiliarse nuevamente a PORVENIR S.A.

Las demandadas **PORVENIR S.A., COLPENSIONES** y **COLFONDOS**, esta última representada mediante curador ad litem, hasta la audiencia del artículo 77 y 80 en las que las que designó el AFP apoderado para su representación, se opusieron en sus contestaciones 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 No. 245 de 18 de noviembre de 2020, de proferida por el JUZGADO DOCE 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. Reintegrar lo que se generó por gastos de administración, por todo el tiempo en que la demandante permaneció afiliada a dichas entidades.

**RESUELVA**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por COLPENSIONES, COLFONDOS Y PORVENIR.

**SEGUNDO: DECLARAR** la **INEFICACIA** del **TRASLADO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor **JOSE LUIS HURTADO GUERRA** y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del último régimen, ocurriéndose en consecuencia, en el régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, sin rotación de continuidad.

**TERCERO: CONDENAR** a **PORVENIR** a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el señor **JOSE LUIS HURTADO GUERRA** junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los emolumentos aquí mencionados.

**CUARTO: SIN COSTAS** a ninguna de las demandadas.

**QUINTO: NO PROCEDE** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, cualquiera que no se impone respecto de ella condena alguna.  
LA PROVIDENCIA QUEDA NOTIFICADA EN ESTRADOS.

**AUTO INTERLOCUTORIO No. 3284**  
DIFUNDE

**PRIMERO: CONCEDER** en el **EFEECTO SUSPENSIVO** el **RECURSO DE APELACIÓN** propuesto por los apoderados de **PORVENIR S.A.** contra las sentencias proferidas en esta diligencia en los procesos 2019-0677 y 2019-00698.

**SEGUNDO: REMITIR LOS EXPEDIENTES** 2019-677 y 2019-698 al Honorable Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Cali para que se surtan los recursos de alzada.

---

**TERCERO: DECLARAR** ejecutoriada la sentencia proferida en el proceso 2019-677. Practíquese de manera inmediata la liquidación de costas respectivas.

**CUARTO: DECLARAR CERRADA** la audiencia de trámite y juzgamiento.  
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. y COLFONDOS que datan de los años de 1997 y 2004, 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 mi representada si cumplió con el deber de información y la asesoría tenida 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 del 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, que 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 diligencias 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 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 ultimo solicita se declare prospera 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.

### **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 Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., describió del traslado para alegar, mediante escrito remitido al correo electrónico de la Secretaria de la Sala Laboral, solicita de esta instancia se

revoque la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito, y en su lugar se imparta absolución, por no haberse demostrado que el acto voluntario de afiliación del demandante, fuere precedido por vicio en el consentimiento. No se alegó y menos probó causal alguna del artículo 1741 del Código Civil. Señaló que en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece la libertad del afiliado de elegir al fondo que ha de pertenecer, y cualquier acto atentatorio contra esa libertad se encuentra abocado a una multa de carácter administrativo impuesta por el Ministerio de Trabajo, sin que la causa siquiera por aproximación sea de los previstos en el artículo 1741 del Código Civil. Respecto de la falta de elementos demostrativos por parte del fondo, en el cumplimiento al deber de información sustento de la decisión de primera instancia, señaló que si cumplió con esa carga procesal, aportando el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico aunado a la conducta de la afiliada quien permaneció en el régimen por espacio de 24 años, permitiendo conductas que a la luz de la dispuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se denomina “la verificación de la voluntad del afiliado”.

Solicita se revoque la decisión de primera instancia, en relación con la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor esta destinado a financiar la prestación del afiliado. Con relación a los gastos de administración, la Superfinanciera ha prevenido que las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima previsional.

La apoderada de la parte actora, igualmente presentó alegaciones dentro del término de traslado, indicó que no se acreditó en juicio que el fondo de pensiones cumplió con su deber de asesoría, por el contrario, solo fue aportado el formulario de traslado que no da cuenta del consentimiento informado que deben probar los fondos dentro del proceso, requisito que no se satisface con la sola firma, ya que esta no acredita que el nuevo afiliado haya recibido una asesoría completa, veraz, suficiente y oportuna, pues tal

documento no contiene explicación sobre las condiciones y desventajas del RAIS, el cual es un formato general para todos los afiliados.

Por último señala que el traslado de régimen no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción.

### 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 plenamente acreditado que **JOSE LUIS HURTADO GUERRA, nació el 23 de marzo de 1961**, estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 6 de febrero de 1981 (fl. 26 PDF) hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por PORVENIR el 28 de febrero de 1997 (FL pdf.24), para luego afiliarse a COLFONDOS en diciembre de 2000 (FL. pdf 38) y retornar a PORVENIR el 10 de agosto de 2004 (FL. pdf 161), encontrándose a la fecha vinculado a este último fondo, igualmente se corrobora con el certificado de Asofondos que obra a folio 163 pdf.

Historial de versiones

Asofondos

USUARIO: JHON EDISON BERNAL LOPEZ

Historial de vinculación

Hora de la consulta: 11:33:30 AM  
Afiliado: CC 19480804 JOSE LUIS HURTADO GUERRA

Afiliado presenta vinculaciones céntricas

Fecha de vinculación	Fecha de afiliación	Fecha de suceso	AFP anterior	Operando	AFP destino desde el 01/01/2004	Fecha inicio de afiliación	Fecha fin de afiliación
Traslado	1997-03-03	2008/11/18	PORVENIR	COLPENSIONES		1997-03-03	2000-12-31
Traslado de AFP	2000-11-24	2008/11/18	COLFONDOS	PORVENIR		2001-01-01	2005-09-30
Traslado de AFP	2004-08-10	2008/11/18	PORVENIR	COLFONDOS		2004-10-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

Vinculaciones migradas de Manrique para CC 19480804

Fecha de novedad	Fecha de acceso	Salida de novedad	Operación	AFP	Afiliación
1997-02-26	1997-02-10	01	AFILIACION		PORVENIR
1997-03-22	1999-01-18	06	CORRECCION FECHA AFILIACION		PORVENIR
1997-03-03	1997-05-09	46	CORRECCION FECHA AFILIACION		PORVENIR
2000-11-24	2001-03-08	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	PORVENIR

4 registros encontrados, visualizando todos registros.

Imprimir Registrar

Así mismo, de la documental allegada se extrae que EL demandante prestó servicios como **trabajadora del sector publico y 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 el demandante se declare nula, al considerar que las AFPs PORVENIR y COLFONDOS, omitieron brindarle información veraz acerca de las diversas variables económicas y cálculos matemáticos que influirían en el monto de la pensión de vejez. Que por su parte las restantes AFP's donde ha estado afiliado, omitieron suministrarle información veraz 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 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 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).

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, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016,

---

<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”.*

incorporada en el número 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

*Esto es “no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”.*

*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 perjudicarle.*
- *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`s PORVENIR y COLFONDOS al momento de realizar la vinculación con el 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, sin que sea dable argüir el grado de escolaridad del actor, o que por su profesión se hubiese conocido de las virtudes o desaciertos de cada uno de los régimen, ya que ese deber recae única y exclusivamente sobre las AFP`s.

En efecto, las AFP`s PORVENIR y PORTECCIÓN S.A., no demostraron 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`s PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., no realizaron una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

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

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo y tercero de la parte resolutive de la sentencia, como quiera que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 28 de febrero de 1997(fl.24 pdf formulario de afiliación demanda y 163 Asofondos contestaciones)** realizó JOSE LUIS HURTADO GUERRA. del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP **PORVENIR** y su posterior traslado entre AFP **COLFONDOS**, retornando a **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 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 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

---

<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...”*

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 deberán asumir las AFP's demandadas **PORVENIR S.A. S.A. y COLFONDOS**, 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 deberán subsanar **PORVENIR S.A. y COLFONDOS**, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a

---

<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 (...)"

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.”*

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

---

<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.

virtud, tampoco, pueden prescribir cualquiera de los elementos que lo configuren, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) *“las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida (...)”* [AL1663-2018, AL3807-2018], esto es, tras la búsqueda *“demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico”* (SL1421-2019), lo cual torna inaplicable la excepción de prescripción y iii) siendo la ineficacia del traslado de régimen un acontecimiento ligado necesariamente a la existencia y procedencia del derecho pensional bajo un determinado régimen pensional, es plausible que su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

Por último, debe advertir esta Colegiatura, respecto del punto de apelación por el único recurrente que representa a PORVENIR S.A, sobre la declaratoria de COMPENSACION que no fue propuesta en su oportunidad tal como acontece en la contestación a la demanda (fl. 141 a 159 del PDF, ya que por expreso mandato del artículo 282 del C.G.P esta debe alegarse en esa oportunidad exclusivamente.

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 los Fondos de Pensiones **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS**, para que en el término de treinta (30) días contados a partir de la ejecutaria de la presente sentencia, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante **JOSE LUIS HURTADO GUERRA**, 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.** y **COLFONDOS**, una vez vencido el término citado en el numeral anterior, 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 del demandante **JOSE LUIS HURTADO GUERRA**, 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 **JOSE LUIS HURTADO GUERRA**.

**SEGUNDO: SE CONFIRMA** en lo demás la sentencia apelada y consultada.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, apelante infructuoso, 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:

**0c6cd97ad421024f8649280705f809a5ad2bbbd4962f55b1406ba05c34519cbe**

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

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