

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE FERNANDO SALAZAR SILVA  
VS. COLPENSIONES, PORVENIR y COLFONDOS  
RADICACIÓN: 760013105 017 2019 00792 01

Hoy treinta (30) de septiembre de 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. 1026 del 31 de agosto de 2021, resuelve las **APELACIONES de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y COLPENSIONES** así como la **CONSULTA** a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 67 de 4 de junio de 2021 dictada por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **FERNANDO SALAZAR SILVA** contra **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 017 2019 00792 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 30 de julio de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.54**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el artículo 11 del Acuerdo PCSJA21-11840 del 26-08-2021, en ambiente preferente virtual.

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 402

### ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad y/o ineficacia del traslado** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, debiéndose trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados con sus respectivos rendimientos, y las semanas cotizadas.

### SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderado judicial, que nació el 8 de febrero de 1962, iniciando sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, desde el mes de 12 de enero de 1983, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., en junio de 1995 y luego a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Las demandadas **AFP's PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS 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

El JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, en sentencia No. 67 de 4 de junio de 2021, accedió las pretensiones de la parte actora, y resolvió:

---

**SENTENCIA ORALIDAD PRIMERA INSTANCIA No. 67**

**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. & COLFONDOS S.A.**

**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 **FERNANDO SALAZAR SILVA**, de condiciones civiles conocidas en este trámite, con **PORVENIR S.A.** en el año 1995 retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

---

**TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A.**, a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor **FERNANDO SALAZAR SILVA**, de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio patrimonio y por todo el tiempo que permaneció afiliado el demandante con esta entidad. Así mismo, se ordenará que **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, traslade la totalidad de los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio presupuesto por todo el tiempo que duró la afiliación con esta AFP. Así mismo, se ordenará que **PORVENIR S.A.**, traslade a **COLPENSIONES**, lo correspondiente a gastos de administración que se generaron por el demandante, durante el tiempo que duro la afiliación.

**CUARTO: ORDENAR** que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor **FERNANDO SALAZAR SILVA**, de acuerdo con lo ordenado en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES** de la condena en costas en su contra.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. & COLFONDOS S.A.**, por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago.

**SEPTIMO: DISPONER** la remisión de este expediente en CONSULTA ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de **COLPENSIONES**.

**OCTAVO: ENVIAR** oficio ante el **MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior.

Sustentó su decisión en la garantía de libertad de escogencia, con la que cuenta el afiliado en el ordenamiento jurídico, con apoyo en la jurisprudencia, la cual se materializa cuando el demandante tiene el conocimiento del componente necesario para escoger dentro de cada uno de los sistemas pensionales vigentes en la actualidad. Entonces corresponde a las AFP desplegar toda una actividad tendiente a que el traslado sea un acto voluntario y el afiliado discierna en cuál de los esquemas pensionales vigentes va a obtener mejores réditos pensionales. La información debe ser proporcionada previa a la vinculación al sistema de esta manera y recabando en lo que ha

dicho la jurisprudencia de la Sala Laboral, corresponde a los fondos de pensiones brindar la información suficiente al aspirante a afiliado que le permita conocer sobre los bonos pensionales, los requisitos de pensión y garantía mínima, o que por lo menos le realicen una proyección de la pensión probable, al igual que debe explicársele las diferentes modalidades pensionales en el RAIS bajo las cuales existen distintas entidades con las que se construye el pago de la pensión, es ineludible la responsabilidad de la misma, garantizando el consentimiento informado.

Que Porvenir y Colfondos no cumplieron con la obligación de entregar la información debida a la accionante, lo que no puede advertirse con la simple suscripción del formulario de afiliación, sino con un despliegue probatorio más amplio, conclusiones que no variaron al momento de escuchar a la demandante en interrogatorio de parte, siendo clara en afirmar que la asesoría recibida fue corta, limitada y únicamente se basó en la afirmación de la extinción del ISS y la obtención de mejores créditos pensionales a través de las cotizaciones en los fondos privados, elementos que no son trascendentes y no configuran un consentimiento informado.

### **RECURSO DE APELACION**

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** recurrió en apelación y señaló que no queda demostrado que la entidad haya tenido injerencia alguna en el traslado del demandante del régimen de prima media al RAIS, toda vez que fue una decisión libre, voluntaria y sin presiones, sin vicio alguno que anulara la afiliación. Siendo inadmisibles que después de un cuantioso número de años pretenda retornar el demandante a COLPENSIONES, provocándole un detrimento patrimonial y además afectando la estabilidad financiera del sistema pensional, pues ella es quien finalmente tendrá que asumir la carga pensional del actor, aún sin haber administrado sus aportes durante todos estos años. Para la fecha del traslado no existía normatividad vigente que obligara al ISS o a COLPENSIONES a brindar una doble asesoría.

La demandada **AFP PORVENIR**, en apelación indicó que el traslado del demandante cumplió con el deber de información, de acuerdo con la normatividad vigente para el momento histórico de la afiliación y traslado, el demandante recibió la información necesaria, veraz y eficiente para comprender las consecuencias del traslado del régimen pensional que estaba tramitando.

Indicó que en el ordenamiento jurídico de la época no se exigía documentar la información, bastaba con la suscripción del formulario de afiliación, artículo 11 del Decreto 692 de 1994. De tal manera que las formalidades indicadas en la sentencia no se encontraban vigentes al momento de la afiliación y que nacieron a la vida jurídica con posterioridad, primero por desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y más adelante por varias normas legales que reglamentaron, las cuales no tienen naturaleza retroactiva. También debe tenerse en cuenta que el deber de información no es unilateral, el demandante también estaba en la obligación de informarle sobre sus condiciones pensionales.

Respecto de la condena por devolución de gastos de administración, adujo que ese porcentaje se tasa como retribución al servicio de la AFP, por lo tanto no hacen parte del porcentaje de cotización de los afiliados. Entonces, la orden de traslado constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, que desde hace más de 20 años, de cara a los aportes del actor, no ha realizado gestión alguna. A diferencia de Porvenir S.A., que mientras estuvo afiliado el demandante sí ha administrado y ha dado resultado con unos rendimientos.

El apoderado de **COLFONDOS** interpuso recurso de apelación contra la sentencia, para el efecto señaló que su representada, actuó de manera diligente y prudente, cumplió con la exigencia que le confería la ley 100 de 1993 para el formato de afiliación y sumado a ello el demandante realizó traslados horizontales en diferentes fondos pensionales, lo que denota su querer de permanecer en el RAIS, así mismo frente a la afiliación a COLFONDOS indicó que la misma se realizó de manera verbal pues al momento de la afiliación del señor Fernando, dicha situación era permitida. Las asesorías de manera escrita solo fueron de obligatorio cumplimiento para

los fondos de pensiones a partir de la expedición de la ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, es importante mencionar para el caso en comento que según las documentales que reposan en los archivos de COLFONDOS S.A., se denota que el demandante no se encuentra vinculado como último fondo a COLFONDOS.

Que no es posible que se fulmine condena alguna respecto de los gastos de administración, porque se encuentran debidamente autorizados para su descuento en la Ley 100 de 1993. Durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a COLFONDOS, esta administró los dineros conforme a la diligencia y cuidado propio de las financieras expertas en la inversión de los recursos del sistema de seguridad social.

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 COLFONDOS y a favor del demandante.

Así tampoco se pueden regresar los dineros correspondientes al seguro previsional, del artículo 108 de la Ley 100 de 1993. Tampoco al bono pensional, por no tener obligación de pagarlo.

Respecto de las costas, la sentencia de primera instancia es de aplicación jurisprudencial por lo tanto solicita se revoque.

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

Mediante providencia del seis (6) de septiembre 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 Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- a través de su apoderada judicial, solicita se revoque la sentencia de primera instancia por no reunir la demandante los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo

entre los regímenes pensionales coexistentes por no ser beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además le faltaban menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez, por lo que excede el término establecido para retornar al RPM. Tampoco se acreditó que el contrato de afiliación carezca de legalidad y validez jurídica, por lo que no puede declararse una nulidad de afiliación al RAIS. Que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se puede predicar la ilegalidad y/o ineficacia de un contrato legal, indicó que aceptar a la demandante *ad portas* de recibir la pensión de vejez, atenta contra sostenibilidad financiera del sistema, principio que fue elevado a rango constitucional a través del Acto Legislativo 1 de 2005, pues Colpensiones no ha administrado las cotizaciones de la demandante en los últimos años y tendrá que entrar a pagar las mesadas producto de su prestación.

En sus alegaciones señaló la **parte actora**, que el demandante cuenta con mas de 1097 semanas, al iniciar aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, el 12 de enero de 1983 hasta la fecha con distintos empleadores, cotizaciones superiores a 20 años. Indicó que al actor jamás se le explicó por la AFP, ni se le instruyó sobre las consecuencias de su decisión de traslado, resultando engañado e inducido al error, porque no le advirtió que al trasladarse lo privaría de poder acceder a la pensión de vejez, en mejores condiciones. Que el actor no tiene derecho al régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y con la acción no se busca la recuperación de ese régimen de prima media, descubriendo que para el año 2004, el valor será muy distinto y afectando los intereses del actor. Solicita se confirme en su integridad la sentencia de primera instancia.

La **AFP COLFONDOS S.A.**, a través de su apoderado, presentó sus alegatos y solicitó que se revoque la decisión de primera instancia en lo que tiene que ver con los gastos de administración, mismos con los que se cubre el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, y que opera tanto para el RAIS como para el RPM. Que los dineros depositados en la cuenta del actor se han administrado con suma diligencia y cuidado, por lo que se han generado importantes

rendimientos, no siendo procedente que se ordene la devolución de lo que la actora descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley. Que como la consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen es que los dineros vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende COLFONDOS S.A., debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión, sin embargo en aplicación al artículo 1746 del CC, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, que es el rendimiento de la cuenta del RAIS.

La apoderada de la **AFP PORVENIR S.A.** presentó los alegatos e indicó que no existe ausencia del deber de información, que se ilustró verbalmente y para dicho momento, no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría que se brinda al potencial afiliado, pues el único documento que se exigía para efectuar el traslado era el formulario de afiliación, por lo cual no resulta plausible que, el Juzgado de conocimiento alegue que este documento no es prueba suficiente, imponiéndole a las administradoras la carga de allegar un documento diferente al formulario de afiliación.

Que PORVENIR S.A. cumplió con las obligaciones a su cargo, de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado, esto es, las establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994. Que la obligación de entregar cálculos a los afiliados no estaba vigente para el año 1997. Indicó que no tiene ningún sentido y no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas el caso de nulidad de un acto jurídico, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo en cumplimiento de mandatos legales que estaba obligado a acatar. Solicita en este orden se revoque en su integridad la sentencia proferida por el *A quo*.

## CONSIDERACIONES:

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación 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 acreditado que el demandante **nació el 8 de febrero de 1962** (fl. 6 cuaderno anexos de la demanda PDF), estuvo afiliado en el Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 12 de enero de 1982 (fl. 18 a 19 expediente digitalizado PDF), hasta el 30 de junio de 1995, según se extrae del resumen de semanas cotizadas por empleador al RPM. Se trasladó al RAIS el 1 de julio de 1995 en el Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR y el 27 de junio de 1996 se afilió a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS (fl. 5 subsanación contestación COLFONDOS).

Asofondos | Institución colombiana de administradores de fondos de pensiones y cesantías

USUARIO: PVRJURIDICA | ROBOT JURIDICA | 29 de Julio de 2020 | Registrar servicio | Buscar en WIKI SIAPP

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los afiliados han tenido |

- Afiliados
- Personas
- Aportantes
- Pagos
- Entrega HL al RPM
- Documentación
- Usuarios
- Gestor de Tarces

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 4:15:33 PM  
Afiliado: CC 16698458 FERNANDO SALAZAR SILVA [Ver detalle](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 16698458							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de actividad	Fecha fin de actividad
Traslado regimen	1996-06-27	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1996-07-01	

Un item encontrado:  
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 16698458						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP Involucrada	
1995-06-27	1995-06-13	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un item encontrado:  
1

Imprimir | Regresar



**afiliado**, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”. Y el artículo 114 ibídem expresa: “Requisito para el Traslado de Régimen: Los trabajadores y servidores públicos que en virtud de lo previsto en la presente ley se trasladen por primera vez del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera **libre, espontánea y sin presiones** (...)”

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

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

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

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

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias SL-2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 1309, **1217**, 782, y 373 de 2021, STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo), SL-4811, 4373, 4806, 2877, 2611 de 2020, SL-5630, 4426, **4360**, 5031, **3464 (14-08-2019)**, 2652, **1689**, **1688**, **1421**, **1452**, SL-76284-2019, **SL4989**, **4964**, 2372, SL17595 del 18 de octubre de 2017 (M.P. Fernando Castillo Cadena)<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), 16155 de 2014, SL-609 de 28 de agosto de 2013 (M.P. Jorge Mauricio Burgos Ortiz), **33.083 del 22 de noviembre de 2011** y 31314 del 6 de diciembre de 2011 (M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón), del 1º de marzo de 2010. Rad. 37327 (M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza), del **9 de**

---

<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”.*

**septiembre de 2008, rad. 31989** (M.P. Eduardo López Villegas) y **31314** del 22 de noviembre de 2007 Rad. 29887 (M.P. Isaura Vargas Díaz).

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el 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 numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

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

Lo cual implica, en síntesis para la Corte:

- *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”.*

- *Un “análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

*Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tal complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.*

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) “(...) *es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (...)*” lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010 “(...) *existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” SL-1452-2019.*

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente “*la autoridad judicial*

*solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)”.*

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, la AFP´s PORVENIR y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS 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, pues ninguna prueba de ello aportaron las demandadas PORVENIR y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS al contestar la demanda y sólo escudaron su deber de información en la impronta genérica contenida en aquel formulario de traslado.

El demandante desconoció la incidencia de su afiliación a PORVENIR S.A. y posteriormente a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS frente a sus derechos prestacionales, 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.

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, tercero y cuarto, habrá de declararse ineficaz el traslado -en sentido estricto o de pleno derecho- que desde el 1 de marzo de 1995 realizó FERNANDO SALAZAR SILVA, del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual a través de las AFP's PORVENIR S.A., así como también, el subsecuente cambio a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, y 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 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 deberán asumir las AFP's demandadas durante el tiempo de

---

<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...”*

<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 (...).”

permanencia en cada una de ellas, 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.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deben subsanar **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.** con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

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

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

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:

---

<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.

*“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.”*

Costas de segunda instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS., ante la no prosperidad del recurso de apelación, se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, a cargo de cada AFP.

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. DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado que FERNANDO SALAZAR SILVA realizó desde el Régimen de Prima Media administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES y CESANTIAS.

**II. ORDENAR** a las AFP **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS 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 hubiere recibido con motivo de la afiliación de FERNANDO SALAZAR SILVA, 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.

**III. CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administraron las cotizaciones del demandante **FERNANDO SALAZAR SILVA**, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

**IV. IMPONER a COLPENSIONES**, una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante **FERNANDO SALAZAR SILVA**.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de cada una de las demandadas, apelantes infructuosas, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000, a cargo de cada una de las condenadas. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

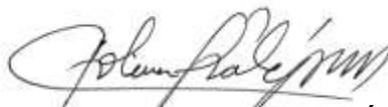
**CUARTO:** A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

**NOTIFIQUESE,**

-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: **155a2174798bea3b51fc2bf873a37b20c7d03f88d5bf0ecfd1e62336c04755c7**  
Documento generado en 29/09/2021 09:31:30 PM

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