

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **ADRIANA MARIA MOSQUERA DARAVIÑA**
VS. **COLPENSIONES, PORVENIR** y **COLFONDOS**
RADICACIÓN: **760013105 017 2019 00831 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.**, y **COLPENSIONES**, así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia No. 15 del 18 de febrero de 2021, proferida por el JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ADRIANA MARIA MOSQUERA DARAVIÑA** contra **PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS** y **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 017 2019 00831 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 16 de julio de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No.50**, 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 407

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de ineficacia producida 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 23 de junio de 1970, iniciando sus cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, desde el mes de agosto de 1993, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., en agosto de 1999 y suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS S.A. a partir del abril de 2001.

Las demandadas **AFP's PORVENIR S.A. y COLFONDOS**, 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. La AFP propuso la excepción de prescripción de la devolución de gastos de administración, por no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Call, en sentencia No. 15 de 18 de febrero de 2021, accedió las pretensiones de la parte actora, declaró la ineficacia del traslado de régimen con la AFP PORVENIR y la vinculación posterior horizontal realizada a la AFP COLFONDOS, por violación al consentimiento informado, disponiendo el reintegro al régimen de prima media con prestación definida donde tuvo su última afiliación.

Sustentó su decisión en la garantía de libertad de escogencia, con las que cuenta el afiliado en el ordenamiento jurídico, con apoyo en la jurisprudencia, la cual se materializa cuando el demandante cuenta con el conocimiento del componente necesario para que pueda tener una opción válida de escogencia dentro de cada uno de los sistemas pensionales vigentes en la

actualidad. Entonces corresponde a los fondos pensiones desplegar toda una actividad tendiente para que el traslado sea un acto voluntario y que permita al afiliado discernir 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, a que por lo menos les realicen una proyección de la pensión probable, al igual que debe explicárseles 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 el seguro social 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.

Señaló que, si bien a la demandante se le dio una re asesoría por parte de Colfondos, a solicitud de la parte actora, la AFP realizó una proyección pensional, la misma no es óbice para sanear el vicio que se presentó al momento de la afiliación, proyección que data del año 2019, cuando la demandante se encontraba a menos de 10 años de alcanzar la edad mínima de pensión y por ende no podía trasladarse válidamente.

Decisión de primera instancia que se ha imperioso traer a la presente:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**, dentro de la presente actuación.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora **ADRIANA MOSQUERA DARAVIÑA**, de condiciones civiles conocidas en

este proceso, con **PORVENIR S.A.** en el año 1999 y con **COLFONDOS S.A.** en el año 2001, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora **ADRIANA MOSQUERA DARAVIÑA**, 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 al patrimonio propio de **COLFONDOS S.A.** este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado la demandante con esta entidad. Así mismo, se ordenará que **PORVENIR S.A.**, que traslade a **COLPENSIONES** lo correspondiente a los gastos de administración que se generaron por el periodo de vinculación del año 1999 a 2001, con esa entidad, lo cual deberá provenir de sus propios recursos.

CUARTO: ORDENAR que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora **ADRIANA MOSQUERA DARAVIÑA** de condiciones civiles conocidas en el plenario, junto con la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

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

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., por haber sido vencidas en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a cargo de las demandadas y a favor de la demandante.

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: REMITIR 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.

Esta providencia queda notificada en estrados.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer instancia, la cual sustentó en que la demandante, no reunía los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales coexistentes, y no es beneficiaria de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

Respecto de las afiliaciones de la actora con las AFP's indicó que el contrato de afiliación celebrado con la demandante carece de validez jurídica.

Solicita de esta Sala que no se declare la ineficacia de la afiliación a la demandante y la ilegalidad o ineficacia de un contrato legal en razón de las diferencias prestacionales de los dos regímenes pensionales, previstas en la Ley 100 de 1993.

Señaló que el caso de la demandante es especial, porque en caso de que COLPENSIONES la acepte *ad portas* de recibir pensión de vejez, significa atender con la sostenibilidad financiera del sistema, pues la entidad no ha administrado los recursos en los últimos años aportados por la demandante al RAIS.

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, para el efecto indicó que, al momento del traslado a la demandante, uno de sus asesores brindó una información, completa, veraz y comprensible a luz de la ley 100 de 1993.

Señaló que el artículo 114 (sic) de la Ley 100 de 1993, indica que cuando se genere un cambio de régimen este se debe hacer por escrito y manifestar que se hace de forma libre y voluntaria y tal cual lo hizo la AFP PORVENIR. Indicó que existe un desequilibrio en la carga procesal, puesto que los demandantes únicamente generan negaciones indefinidas en su demanda pero a las AFP, se le exigen pruebas imposibles de traer al expediente como es que se manifieste la información verbal de hace más de 20 años, caso para el cual la demandante debió igualmente informarse sobre el sistema por el que se está optando, incluso leyendo los términos del formulario de afiliación.

Por último, sobre los gastos de administración, indicó que no es un emolumento con el cual se financie la prestación, y está sujeto a la prescripción por ser dineros de tracto sucesivo.

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.

El apoderado judicial de la **parte actora** presentó sus alegaciones, solicitando en esta instancia se confirme la decisión de primer grado, porque las entidades administradoras del RAIS, a las cuales se afilió la actora, no demostraron en el proceso que brindaron la información completa y pertinente como para que la demandante tuviera el pleno conocimiento del cambio de régimen.

El apoderado de **PORVENIR S.A.** expuso en sus alegaciones que el traslado del RPM al RAIS, se hizo con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y con las instrucciones de la Superfinanciera. Que el demandante en virtud de lo expuesto en el artículo 1741 del CC, no demostró que su consentimiento estuviera viciado, y todo lo contrario su decisión de traslado de régimen estuvo provista de libertad y voluntad.

Que en virtud de lo expuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, norma que establece que cualquier persona natural y jurídica, que realice actos atentatorios contra el derecho de elección del afiliado, se hace acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, norma que no se aproxima a lo expuesto en el citado artículo 1741 *ejusdem*, en razón al principio básico de inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Que el artículo 899 de CCo, también enseña que el negocio jurídico, contrario a una norma, tenga causa u objeto ilícito o lo celebre una persona absolutamente incapaz, presupuestos que no fueron alegados ni demostrados en el proceso.

El apoderado de la Administradora **AFP COLFONDOS S.A.** 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 y 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.

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 de la demandante resulta nulo o ineficaz?*

Dentro del plenario quedó acreditado que la actora **nació el 23 de junio de 1970** (fl. Expediente fl5 PDF), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 17 de agosto de 1993 (04.-HistoriaLaboral PDF), hasta el 31 de agosto de 1999, según se extrae del resumen de semanas cotizadas por empleador al RPM. Se afilió el 13 de agosto de 1999 en el Régimen de Ahorro Individual a la AFP PORVENIR y el 12 de enero de 2001, realizó traslado entre AFP a COLFONDOS, así se acredita con el certificado de Asofondos y los formularios de afiliación (01.-Expedientedigitalizado fl 31y37PDF) y el certificado de Asofondos (11.-ContestacionPorvenir fl.23).

Asofondos | Presente: resultados de comprobación de datos de personas y empresas

21 de Agosto de 2020 | Buscar en VPS SAAPP

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta: 10:39:06 AM
Afiliado: CC 60810009 ADRIANA MARIA MOSQUERA DARAVIÑA

Vinculaciones para: CC 60810009

Tipo de vinculación	Fecha de afiliación	Fecha de cesación	AFP de destino	AFP origen	AFP origen anterior de reconstrucción	Fecha inicial de efectividad	Fecha final de efectividad
Tratado regimen	1999-06-12	2000-04-26	FORVENIR COLPENSIONES			1999-10-01	2001-02-20

Un Reg. encontrado:

Vinculaciones migradas de Maniaguas para: C.C. 60810009

Fecha de vinculación	Fecha de proceso	Código de vinculación	Operación	AFP	AFP vinculada
1999-06-12	1999-06-19	01	AFLIACION	FORVENIR	
2001-01-12	2001-05-08	79	TRASPASO AUTOMATICO	COLFONDOS	FORVENIR

2 registros encontrados, visualizando todos registros

Imprimir Registrar

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

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 la hoy demandante, le suministrara 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 obra en el plenario. COLFONDOS al contestar la demanda, escuda su deber de información en la impronta genérica contenida en aquel formulario y que anuncia la escogencia del Régimen de Ahorro Individual en forma libre.

Sumado a lo anterior, considera la Sala que dicho yerro cometido el 12 de enero de 2001, no puede refrendarse con un acto *a posteriori* como lo es la respuesta a un derecho de petición el 20 de agosto de 2019, en el que realizó una proyección de pensión en el RAIS. (01.ExpedienteDigitalizado fl.40 a 50 PDF.)

En efecto, ni aún con dicha información, la AFP no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le

representaba a la demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que no se realizó desde el primer momento, 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, cuando adquiriera los requisitos en el RPM, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS. Ninguna prueba al respecto aporta el expediente, pese a estar radicada en su cabeza la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. La asesoría y reasesoría implica gestar la comprensión de las aristas de un régimen de ahorro individual.

En este sentido, 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, desde la fecha en que realizó el traslado de régimen lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula, al considerar que las AFP's, la defraudaron y engañaron pues las promesas ofrecidas en el momento de su vinculación y sucesivos traslados se tornaban ahora mentirosas, especialmente en lo que se refiere a que su pensión de acuerdo a los rendimientos de su capital y a su bono pensional en el RAIS. Indicó que no medió una asesoría pensional suficiente, en la que se le explicara y documentara sobre las condiciones pensionales a las que se sometería en el régimen de ahorro individual, lo que le permitiera entender las características y diferencias de ambos regímenes pensionales.

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 de la 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, 782, **1217** 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)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), 16155 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

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”.*

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 **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 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, 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 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 la afiliada tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, habrá de MODIFICARSE los resolutiveos segundo y tercero de la apelada sentencia, por la cual se declaró ineficaz el traslado -en sentido estricto o de pleno derecho- que el 17 de agosto de 1993 realizó ADRIANA MARIA MOSQUERA DARAVIÑA, 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, 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 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 durante el tiempo de permanencia en cada una de ellas.

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 deben subsanar las **AFP's PORVENIR S.A. y COLFONDOS** con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el

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 (...).”

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. Se confirma dicho aspecto de la decisión de primera instancia.

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

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.

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 de los gastos de administración, 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). En estos términos se confirmará el resolutive primero de la sentencia apelada.

Costas de segunda instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- y PORVENIR, 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 No. 15 de 18 de febrero de 2021, apelada y consultada, en el sentido de:

I. ORDENAR a las **AFP's PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante **ADRIANA MOSQUERA DARAVIÑA**, 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 las **AFP's PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 administró las cotizaciones de la demandante **ADRIANA MOSQUERA DARAVIÑA**, 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 a la afiliada demandante.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES apelantes infructuosos, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000. 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.

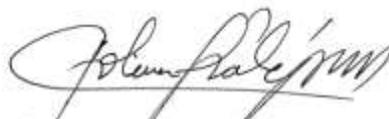
NOTIFIQUESE,

-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:

2bf896d4672ee75d5af71660528b2d7308315b036a8f857bfd3dde9751c91649

Documento generado en 29/09/2021 09:31:33 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>