

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE JOSÉ ARTURO PIRAJÁN CANTILLO
VS PORVENIR S.A., COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 005 2021 00293 01

Hoy veintiocho (28) de julio de 2023, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, 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, **ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve las **APELACIONES** presentadas por los apoderados de COLPENSIONES y de PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JOSÉ ARTURO PIRAJÁN CANTILLO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 005 2021 00293 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 04 de julio de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 42** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

AUTO NÚMERO 674

Se reconoce personería para actuar a la abogada **MARÍA FERNANDA MUÑOZ LÓPEZ**, portadora de la T.P. No. 307.604 del C.S. de la Judicatura, como apoderada judicial de COLPENSIONES, en los términos del memorial poder a ella otorgado por el secretario general de dicha entidad.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la apelación y consulta en esta que corresponde a la

SENTENCIA NÚMERO 222

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. y que para efectos pensionales se entienda afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; se ordene a PORVENIR S.A. devolver todos los aportes tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados; a PORVENIR S.A. devolver los aportes voluntarios con sus rendimientos; se ordene a COLPENSIONES tenerlo como afiliado sin solución de continuidad; costas y agencias en derecho; intereses legales del 6% del CC, sobre las costas, en subsidio la indexación de éstas (arch.01 fls.2-3).

2.1. Sírvase su Señoría Declarar la Nulidad o Ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) administrado por Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA., realizado por el señor José Arturo Pirajan Cantillo en el mes de octubre de 1997 (o la fecha que corresponda), por lo que, para efectos pensionales se entienda que el señor José Arturo Pirajan Cantillo se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones o la entidad que haga sus veces.

2.2. Sírvase su Señoría Ordenar a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA., devolver todos los aportes y/o valores integrales que hubieran recibido con motivo de la afiliación de el señor José Arturo Pirajan Cantillo, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales, seguros de invalidez y muerte, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el saldo de cuentas de rezago

y cuentas de no vinculados de historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas de propiedad del señor José Arturo Pirajan Cantillo efectuados en su Cuenta de Ahorro Individual y demás cuentas pensionales entre en el mes de octubre de 1997 (o la fecha que corresponda), y hasta la fecha de última cotización, a favor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

2.3. Sírvase su Señoría Ordenar a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA., devolver a favor del señor José Arturo Pirajan Cantillo todos los aportes voluntarios con los respectivos rendimientos financieros si los hubiese hecho.

2.4. Sírvase su Señoría Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, tener como afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) al señor José Arturo Pirajan Cantillo sin solución de continuidad, sin imponer cargas adicionales y validar los aportes pensionales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) en la Historia Laboral debidamente actualizada y sin inconsistencias administrada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

2.5. Sírvase su Señoría Condenar a la parte demandada en Costas y Agencias en Derecho que genere el proceso tanto a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones como a la Sociedad Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

2.6. Sírvase su Señoría Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Sociedad Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA., a que una vez ejecutoriadas las Costas a favor de la parte demandante, reconozca los intereses legales del 6% del Código Civil Colombiano o de manera subsidiaria la indexación hasta el momento en que se haga efectivo el pago sobre las Costas Ejecutoriadas.

2.7. Se sirva fallar su Señoría conforme a sus Facultades Extra y Ultra Petita.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, tras considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. COLPENSIONES adujo como ciertos los hechos referentes a: la fecha de nacimiento del demandante; su afiliación inicial al ISS hoy COLPENSIONES en octubre de 1991; la reclamación administrativa elevada a PORVENIR S.A. el 31 de mayo de 2021; la reclamación administrativa elevada ante COLPENSIONES el 01 de junio de 2021; el agotamiento de las reclamaciones administrativas. De los demás hechos señaló que no le constan los atinentes al total de cotizaciones en PORVENIR S.A. y en toda la vida laboral; las circunstancias que rodearon el traslado de régimen pensional; la negativa de PORVENIR S.A. a la solicitud de nulidad de traslado. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; buena fe y; prescripción.

El apoderado judicial del demandante presentó reforma de la demanda, en la cual, además de reseñar nuevos hechos, incorporar fundamentos de derecho adicionales

y relacionar nuevas pruebas, adicionó la pretensión de que se condene a las demandadas a reconocer y pagar las sanciones pecuniarias del inciso 1º del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 con su respectiva indexación.

La A quo inadmitió la reforma de la demanda, tras considerar que la reclamación administrativa respecto de la nueva pretensión, elevada ante COLPENSIONES se dio posterior a la presentación de la demanda; el apoderado judicial del demandante subsanó dicha reforma; no obstante, la A quo, mediante auto del 23 de mayo de 2022, tuvo por no subsanada la reforma de la demanda contra COLPENSIONES y admitió la reforma de la demanda contra PORVENIR S.A.

La demandada PORVENIR S.A., en respuesta a la reforma de la demanda, reiteró su oposición a la totalidad de las pretensiones y para ello, se ratificó en los fundamentos de derecho que expuso en la contestación inicial de la demanda.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.03 fls.1-18, arch.04 fls.1-37), la contestación de COLPENSIONES (arch.07 fls.1-15, 16-172), la contestación de PORVENIR S.A. (arch.09 fls.1-27, 28-144), la reforma de la demanda (arch.10 fls.1-6, 7-32), la subsanación de la reforma de la demanda (arch.12 fls.1-8), la contestación de PORVENIR S.A. a la reforma de la demanda (arch.14 fls.1-28, 29-145), son conocidos por las partes, principalmente referidos a la ausencia de ilustración frente a la decisión de traslado, motivo por el cual la Sala no estima pertinente ni necesario reiterar tales aspectos del proceso.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró no probadas las excepciones por pasiva; la ineficacia de afiliación a PORVENIR S.A.; que para efectos legales nunca hubo traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y siempre permaneció el demandante en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes de la cuenta de ahorro individual y, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados con cargo a sus propios recursos; ordenó a

COLPENSIONES recibir el traslado y activar la afiliación en el régimen de prima media sin solución de continuidad; absolvió a las demandas de las demás pretensiones incoadas en su contra; costas y agencias en derecho (arch.24 fl.2) (23Audiencia min23:07 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de mérito propuestas por los entes demandados a través de sus apoderados judiciales.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizado por el señor **JOSE ARTURO PIRIBAN CANTILLO** a la **AFP PORVENIR S.A.**, en consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual del señor **JOSE ARTURO PIRIBAN CANTILLO**, junto con sus rendimientos.

CUARTO: CONDENAR a las **AFP PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a que una vez la **AFP PORVENIR S.A.** de cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor del señor **JOSE ARTURO PIRIBAN CANTILLO** y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

SEXTO: ABSOLVER a **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** de las demás pretensiones elevadas en su contra por el señor **JOSE ARTURO PIRIBAN CANTILLO**.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las accionadas y a favor del demandante, incluyéndose en la liquidación de las mismas, por concepto de agencias en derecho, la suma de un salario mínimo a cargo de cada una de las demandadas, con el reconocimiento y pago de los intereses legales previstos en el artículo 1617 del C. Civil, que se liquidarán a partir de la ejecutoria de este fallo.

OCTAVO: En caso de no ser apelada por parte de **COLPENSIONES**, se ordena remitir el expediente en Consulta al Tribunal Superior de Cali.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó, en síntesis, que: el demandante se encuentra válidamente al régimen de ahorro individual por decisión propia, sin mostrar inconformidad en la administración de sus cotizaciones; no se demostró que haya sido engañado para tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún cuando permaneció en RAIS por muchos años, afianzando su decisión de estar en este régimen; en el Decreto 2071 de 2015 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dice que las administradoras de pensiones deben proporcionar a los afiliados información completa de los beneficios e inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes pensionales, lo

anterior teniendo en cuenta la circular 016 de 2016 de la superintendencia financiera de Colombia mediante el cual se establecen los mecanismos para que tanto las AFP como COLPENSIONES realicen dicha asesoría a partir del 01 de octubre de 2016; desde dicha fecha los ciudadanos no se podrán cambiar de régimen sin antes haber recibido la doble asesoría; tal restricción no es retroactiva y comienza a regir a partir de la fecha dispuesta por la superintendencia financiera de Colombia; la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados; así se pronunció la Corte Constitucional en sentencia T489 de 2010, donde señaló que no se puede permitir que personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando le faltan ya 10 años para concretar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario; respecto de la condena en costas, debería revocarse, ya que a la entidad no le es permitido reconocer un derecho sino se cumplen el pleno de requisitos legales. Por lo anterior, solicita al Tribunal que se revoque la sentencia apelada (23Audiencia min26:07 y ss).

Por su parte, el apoderado de **PORVENIR S.A.**, en su apelación, argumentó, en síntesis, que: la entidad siempre actuó de buena fe en relación con el traslado de régimen pensional que realizó el demandante forma libre, voluntaria y consciente, tal y como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada los requisitos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; la entidad cumplió con las obligaciones establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, dentro de las cuales no se establece el deber de información, puesto que esa información y esa obligación de explicar a los potenciales afiliados las consecuencias del traslado surge a partir del Decreto 2071 del 2015, que modificó el Decreto 2555 del 2010; referente a la condena del numeral cuarto, de devolver gastos de administración y demás rubros, ésta no se corresponde con las normas legales de las restituciones mutuas, no es viable devolver un bien y además las sumas que se invirtieron para incrementarlo; la Ley faculta a las AFP para cobrar los gastos de administración y las pólizas del seguro, por tanto no pueden devolverse porque ya están causados y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES (23Audiencia min29:27 y ss).

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 21 de julio de 2023, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

Las apoderadas judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respectivamente, alegaron de conclusión, se ratificaron en los argumentos que sirvieron de sustento en sendos recursos de alzada, solicita a la Sala que se revoque la sentencia y que se absuelva a cada una de sus representadas.

El apoderado judicial del demandante guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

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? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que JOSÉ ARTURO PIRAJÁN CANTILLO nació el 24 de septiembre de 1960 (arch.04 fl.1), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 09 de octubre de 1991 (arch.07 fl.34) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR

S.A., el 01 de octubre de 1997, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.09 fl. 28).

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 19457385							
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	1997-08-08	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1997-10-01	2008-08-31
Traslado de AFP	2008-07-31	2008/08/18	HORIZONTE	PORVENIR		2008-09-01	2008-03-31
Traslado de AFP	2008-02-29	2008/03/17	PORVENIR	HORIZONTE		2008-04-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen a las AFP PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A., en la que dichas entidades no le suministraron información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informó a qué edad se le redimiría el bono pensional, ni la diferencia entre la mesada pensional que recibiría en el RAIS y en el RPM.

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 ibidem 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 (...)". (Las subrayas fuera de texto)

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

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

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

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 3871, 3778, 3708, 3710, 3803, 3611, 3537, 3349, 2946, 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)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 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 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). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2022 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”*. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

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 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 tan 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)”, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

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

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, las AFP PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A. al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A. no demostraron haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba al demandante su incorporación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-, para permitirle valorar las consecuencias negativas de su traslado <desventajas y riesgos>, pues lo cierto es que las AFP PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR 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 agudiza por 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).

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la afiliada sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer. Tampoco se avala la teoría del relacionamiento que plantea el impugnante, para hacer notar que la permanencia en el RAIS puede significar una afiliación informada, pues lo acreditado señala lo contrario (SL4222-1055 de 2022).

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo, tercero, cuarto y quinto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 01 de octubre de 1997, realizó JOSÉ ARTURO PIRAJÁN CANTILLO del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros¹, historia

¹ 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

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 (Decreto 3995 de 2008, art. 7, compilado en el D. 1833 de 2016), pues no puede afectarse la cotización pensional con la distribución propia del RAIS. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, revocando la indexación ordenada en primera instancia y que se viabiliza por el estudio en consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

Condenas que deberán asumir las AFP demandadas PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A., por los respectivos periodos 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 ella recaen como absorbente o cesionaria de *iure*, 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 periodos 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

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...”

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 deberá subsanar las AFP PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A., con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en 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).

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 Corporación², 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

² 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.

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 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).

Frente el argumento expuesto por la apoderada de COLPENSIONES al sustentar la alzada respecto de las condenas en costas, conviene indicar que establece el numeral 1º del artículo 365 del CGP, Ley 1564 de 2012, aplicable por analogía en el procedimiento laboral a la voz del artículo 145 del CPTSS, que se condenará por ellas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva de manera desfavorable el recurso de apelación. En este caso, siendo COLPENSIONES una de las partes vencida en juicio, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad.

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

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **JOSÉ ARTURO PIRAJÁN CANTILLO**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE**.

- II. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR 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 del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.

- III. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A., HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR 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 del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

- IV. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a tener a **JOSÉ ARTURO PIRAJÁN CANTILLO**, como su afiliado, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales; los derechos pensionales serán exigibles una vez surtido el traslado de los dineros provenientes de las AFP, como se ordenó en los resolutivos precedentes.

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 \$1'500.000 a cargo de cada una de las vencidas. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página *web* de la Rama Judicial en el enlace: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

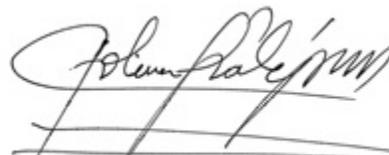
QUINTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.

-Firma electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Ponente



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Aclaración de voto