TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 238

Juzgamiento

Santiago de Cali, dieciséis (16) de julio del año dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 242

Acta de Decisión N° 055

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Apelación y Consulta de la Sentencia N° 114 del 21 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **LUIS ALBERTO SOTO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, proceso con radicado único nacional N° 76001-31-05-001-2018-00652-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el actor en contra de las accionadas están orientadas a que, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS regentado por **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior sea retornado como afiliado al RPMPD; se ordene a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** su capital, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y rendimientos; se ordene a **COLPENSIONES** reconocerle y pagarle su pensión de vejez a partir del 06/05/2017 junto con los intereses moratorios y/o indexación; lo que resulte probado conforme a las facultades Ultra y Extra Petita y se condene a las accionadas al pago de costas procesales.

Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 06/05/1955; manifiesta que, al 01/04/1994 contaba con 38 años de edad y 514 semanas cotizadas al Sistema; que en el mes de octubre de 1999 fue abordado por un agente comercial de **PORVENIR S.A.** que lo persuadió de trasladarse de régimen bajo las premisas de una pensión anticipada, mesadas mas altas entre otros beneficios que resultaron falsos, por ende, afirma que la entidad no le brindó información veraz y eficiente.

Relata que, elevó solicitud de proyección pensional ante **PORVENIR S.A.** el 01/11/2016, calculo que arrojó mesadas inferiores a las esperadas e inclusive a las ofrecidas en el RPMPD; indica que, solicitó su pensión de vejez ante **PORVENIR S.A.** el 03/11/2017, prestación que fue reconocida por el citado fondo en el año 2018 en cuantía inicial de $1.172.217, no obstante, el montó resultó inferior a lo proyectado en el 2016 por valor de $1.259.600.

Inconforme elevó solicitud de ineficacia de traslado ante **PORVENIR S.A.**, sin embargo, la entidad la rechazó; manifiesta que, radicó solicitud de traslado y reconocimiento pensional en **COLPENSIONES**, empero, el fondo se negó; finalmente afirma que, la diferencia entre las mesadas del RAIS en comparación con las del RPMPD son abismalmente distantes y de haberlo sabido no se hubiera trasladado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda se surtió el traslado de rigor y procedieron a contestar el libelo.

COLPENSIONES indica frente a los hechos que, es parcialmente cierto el 10°; que se tratan de apreciaciones subjetivas y/o pretensiones el 8°, 11° y 13°; respecto del resto aduce que no le constan. Se opuso a las pretensiones, formuló como excepciones previas: *INEPTA DEMANDA POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES Y FALTA DE COMPETENCIA* y como excepciones de fondo impetró: *INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, PRESCRIPCIÓN, BUENA FE, IMPOSIBILIDAD JURÍDICA PARA CUMPLIR LO PRETENDIDO Y LA INNOMINADA.*

PORVENIR S.A. por su parte manifiesta que, son ciertos los hechos 1°, 5°, 6° y 9°; que no le consta el 10° y 13°; en cuanto a los demás expresa que no son ciertos. Se opuso a las pretensiones, formuló las excepciones previas: *FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PUBLICO Y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.*; y como excepciones de meritó impetró las denominadas:

INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, A CARGO DE MI REPRESENTADA RESPECTO DE REVOCAR UNA PENSIÓN DE VEJEZ VÁLIDAMENTE RECONOCIDA Y CON FINANCIACIÓN DEL ESTADO-BONO (sic); *APROVECHAMIENTO INDEBIDO DE LOS RECURSOS PÚBLICOS Y DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES; IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y FINANCIERA DE REVOCAR PENSIÓN DE VEJEZ, PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN QUE PRETENDE ATACAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RAIS; BUENA FE; AFECTACIÓN FINANCIERA E IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y JURÍDICA DE REVOCAR UNA PENSIÓN DE VEJEZ EN CASO DE PROSPERAR LA PRETENSIONES DEL ACCIONANTE; COMPENSACIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.*

DEMANDA DE RECONVENCIÓN PORVENIR S.A.

La accionada regente del RAIS impetró demanda de reconvención contra el señor **LUIS ALBERTO SOTO** con el fin de que le sean reconocidas las siguientes pretensiones:

- Se autorice la suspensión del pago de mesadas hasta la ejecutoria del presente proceso ordinario.

- Reintegrarle las sumas de dinero que se han cancelado por concepto de mesadas pensionales debidamente indexadas y hasta la ejecutoria del proceso ordinario.

- Se condene al demandado en costas y agencias en derecho.

Indican los hechos relevantes que, el Ministerio de Hacienda y Crédito Publico mediante resolución No. 16992 del 28/08/2017, ordenó el pago del bono pensional del afiliado; que radicó reclamación de pensión de vejez y simulación pensional el 03/11/2017 junto con el contrato de adopción de la modalidad de retiro programado; que la prestación fue reconocida mediante

comunicado del 17/01/2018 en la modalidad seleccionada en cuantía de $1.172.217; la entidad informa al pensionado la improcedencia de traslado de régimen el 25/06/2019 situación reiterada el 09/01/2019; que posteriormente se le comunicó al pensionado el 06/03/2019, la contratación de la renta vitalicia con SEGUROS DE VIDA ALFA; finalmente se trasladó los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del pensionado junto con el bono pensional a SEGUROS DE VIDA ALFA.

El Juzgador en razón de la solicitud elevada por **PORVENIR S.A.** ordenó mediante auto interlocutorio No. 3050 del 24/09/2019, la integración en calidad de litisconsortes necesarios al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES** y a **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

CONTESTACION LITISCONSORTES

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. señala que es cierto el hecho 6° y 7°; respecto del resto afirma que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito:

INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO, A CARGO DE MI REPRESENTADA RESPECTO DE REVOCAR UNA PENSIÓN DE VEJEZ BAJO LA MODALIDAD DE RENTA VITALICIA VÁLIDAMENTE RECONOCIDA (sic); *IMPOSIBILIDAD JURÍDICA Y FINANCIERA DE REVOCAR PENSIÓN DE VEJEZ EN LA MODALIDAD DE RENTA VITALICIA; AFECTACIÓN FINANCIERA E IMPOSIBILIDAD MATERIAL Y JURÍDICA DE REVOCAR UNA PENSIÓN DE VEJEZ EN CASO DE PROSPERAR LAS PRETENSIONES DEL ACCIONANTE; COMPENSACIÓN; BUENA FE; PRESCRIPCIÓN Y LA INNOMINADA O GENÉRICA.*

Y el **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** manifestó frente a los hechos de la demanda que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 3°, 4° y 7°; en cuanto a los demás señala que no le constan. Se opuso a todas las pretensiones e impetró las excepciones de fondo: *INEXISTENCIA DE OBLIGACIÓN; IMPOSIBILIDAD DE TRASLADO POR PARTE DE PENSIONADOS; SANEAMIENTO DE LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO; ANULACIÓN Y BUENA FE.*

DEMANDA DE RECONVENCIÓN SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

La aseguradora accionada presentó demanda de reconvención contra el señor **LUIS ALBERTO SOTO** con el fin de que le sean reconocidas las siguientes pretensiones:

- Se autorice la suspensión del pago de mesadas hasta la ejecutoria del presente proceso ordinario.

- Reintegrarle las sumas de dinero que se han cancelado por concepto de mesadas pensionales debidamente indexadas y hasta la ejecutoria del proceso ordinario.

- Se condene al demandado en costas y agencias en derecho.

Indican los hechos relevantes que, se suscribió póliza de renta vitalicia a favor del señor **SOTO** a cargo de **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**; que se han pagado las mesadas conforme a certificaciones aportadas en virtud del contrato desde el mes de diciembre del 2016 hasta la fecha y ahora el demandante pretende se revoque la renta vitalicia que disfruta con **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

CONTESTACION DE LAS DEMANDAS DE RECONVENCIÓN

Al descorrérsele traslado de las demandas de reconvención, la apoderada judicial del señor **SOTO** indicó que todos los hechos son ciertos y se opuso a las pretensiones formuladas por **PORVENIR S.A.** y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

Previo a proferir el fallo el A quo resolvió las excepciones previas impetradas por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, declarándolas no probadas y condenando en costas a **COLPENSIONES** en la suma de ½ SMLMV del año 2020; decisión que no fue objetada por las demandadas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 114 del 21 de julio del 2020, resolvió:

"1.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas en la demanda principal, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2.- DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, realizado por el señor LUIS ALBERTO SOTO.

3.- Como consecuencia obligada de la anterior declaración, el demandante LUIS ALBERTO SOTO, deberá ser admitido nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

4.- ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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 también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el articulo 20de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

5.- ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, los valores percibidos por concepto de bono pensional y complementario emitido y redimido a favor del señor LUIS ALBERTO SOTO reintegro que deberá hacerse indexado desde el 06 de mayo de 2017 y hasta la fecha de la devolución de los valores respectivos a MINHACIENDA.

6.- DECLARAR que las mesadas pensionales percibidas por el señor LUIS ALBERTO SOTO corresponde a dineros recibidos de buena fe y en consecuencia, no está obligado a restituirlas. De igual modo, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. deberá asumir directamente dicho gasto de su propio patrimonio y como menoscabos de la cosa entregada en administración.

7.- DECLARAR que el señor LUIS ALBERTO SOTO tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de vejez conforme los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones realizadas por la Ley 797 de 2003, con fecha de status pensional el 06 de mayo de 2017, pero con efectos fiscales a partir del 01 de diciembre de 2017, por cuanto hasta el mes de noviembre de dicha anualidad reportó pago cotizaciones. La cuantía de la mesada pensional para el año 2017 será de $2.909.667, y sobre 13 mesadas al año.

8.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar al señor LUIS ALBERTO SOTO, la suma de $105.613.336,97= por concepto de retroactivo pensional, correspondiente al periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 2017 y hasta el 31 de julio de 2020. En adelante COLPENSIONES deberá continuar pagando al actor la mesada pensional a partir del 01 de agosto de 2020, en cuantía igual a $3.243.733,56, en razón a 13 mesadas pensionales anuales.

9.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para que del retroactivo pensional salvo la mesada adicional, descuente los aportes que a salud corresponde al demandante para ser transferidos a la entidad a la que se encuentre afiliado para tal fin.

10.- ABSOLVER a COLPENSIONES, de las demás pretensiones de la demanda, conforme los motivos expuestos en la parte motivan de esta providencia.

11.- CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. en costas generadas en la demanda principal, fijándose como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV.

12.- ABSOLVER a la parte reconvenida, señor LUIS ALBERTO SOTO, de las pretensiones solicitadas en su contra en la demanda de reconvención formula por PORVENIR S.A. y la de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.

13.- CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. en costas generadas en la demanda de reconvención, a favor del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV a cargo de cada una.
14.- CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, en caso de no ser apelado."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con el fallo de primera instancia, los apoderados judiciales de **COLPENSIONES**, **PORVENIR S.A.** y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** interponen recurso de apelación contra el proveído, esgrimiendo para ello lo siguiente:

COLPENSIONES solicita se revoque el fallo en lo desfavorable a la entidad, toda vez que, el actor a la fecha está inmerso en la prohibición legal para trasladarse de conformidad al artículo 2 de la Ley 797 del 2003; no se demostró la pérdida de un tránsito legislativo ocasionada por trasladarse al RAIS pues conserva la posibilidad de pensionarse, no se demostró vicios en el consentimiento o asalto en su buena fe al afiliarse con Porvenir como se alega, al momento de la afiliación era imposible predecir los IBC sobre los que cotizaría el actor en los próximos años impidiendo efectuar una proyección; por ende, el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS por decisión propia como consta en el formulario de afiliación; del reconocimiento pensional indica que la entidad no está legitimada para efectuar el estudio como quiera que el solicitante no arroja información en el sistema y debe ser el fondo privado quien se encargue de ello; por ello se opone a lo resuelto por el juzgador y solicita se absuelva a la entidad de las condenas impuestas.

PORVENIR S.A. indica que, al actor se le brindó toda la información veraz y transparente, toda vez que, en el interrogatorio de parte no se evidenció un engaño por parte la entidad, pues su pretensión gira entorno a obtener una mayor mesada;

que se esta frente a un hecho irrevocable por la pensión de vejez reconocida anticipadamente que solo opera en el RAIS, de la cual goza en estos momentos la parte demandante; entonces si pretendía afiliarse a Porvenir lo que ratifica un profundo conocimiento de las características y beneficios del RAIS, como la solicitud de reconocimiento prestación, solicitud de consolidación de historia laboral y aceptación de las mesadas que viene percibiendo, por ello no resulta convincente que no fuera asesorado al momento de la afiliación; indica que se consolidó un derecho prestacional por vejez de manera anticipada a favor del actor, gozando de la modalidad de renta vitalicia con Seguros de Vida Alfa. Manifiesta que, la suerte de lo subsidiario corre por la principal, razón por la cual no es viable la devolución de los gastos de administración, aportes y rendimientos, pues el actor se reitera ya disfruta de una pensión reconocida en debida forma; por lo anterior solicita se declare probadas las excepciones propuestas en la demanda de reconvención; la nulidad no puede fundarse en la liquidación que se efectúa en el RAIS, pues las administradoras están vigiladas por el respectivo órgano de control, razón por la cual no procedería la condena en costas pues Porvenir ha actuado de buena fe y con transparencia al brindársele al actor toda la información requerida en sus solicitudes.

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. se opone a la sentencia por la no prosperidad de la demanda de reconvención y condena en costas, toda vez que, el actor conocía el valor de su mesada al contratar la renta vitalicia con la aseguradora y la supuesta nulidad fue saneada tácitamente cuando solicitó la pensión de vejez con la AFP y luego con la aseguradora, prestación que ha sido pagada puntualmente hasta la fecha; refiere que el contrato de renta vitalicia es irrevocable que está regulado en la ley 100/93 y normas reglamentarias; el actor reunió los requisitos para pensionarse en el RAIS con la emisión del bono pensional constituyéndose una situación jurídica consolidada; no es posible declarar la nulidad por el simple hecho de que la mesada sea más alta en un régimen u otro cuando ya hay una prestación reconocida o pagada; por lo anterior se solicita la absolución de la aseguradora de la condena en costas y se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvención.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Cuestión Preliminar

Se advierte que la Sentencia en estudio se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a **COLPENSIONES** y al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, respecto de los cuales son garantes la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

Se circunscribe el problema jurídico en establecer si es viable o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **LUIS ALBERTO SOTO** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por **PORVENIR S.A.** y como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene el traslado de sus aportes, rendimientos, gastos de administración entre otros rubros al RPMPD; se ordene a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la prestación por vejez, prescripción y costas procesales.

El eje de discusión estriba en determinar si **PORVENIR S.A.** le suministró al señor **SOTO** información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar su traslado de régimen, que le permitiera conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones, permitiéndole tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

El Deber de Información en la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia e Ineficacia de Traslado

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las

administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información."

"La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional."

"Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad."

"Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, ***la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando 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****".*

"En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera ***la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada****.*

"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues ***lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña****."*

Ahora bien, respecto a las figuras de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado que:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, ***el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas*** *(vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

Por lo expuesto, ***resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada****.*

*(…) Es claro entonces que **la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable**, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada**, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos**."(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

De lo esbozado anteriormente se tiene que, resulta inexacto analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante y no un traslado de régimen en cualquier tiempo como lo infiere la apoderada de Colpensiones.

El efecto consagrado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el cual prescribe que, 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, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto** es decir ineficaz.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y la demandada regente del RAIS, la jurisprudencia de la Corte estipula frente a este medio probatorio que:

*"(…) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado**". (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Por tal motivo, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado por parte del actor; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos recae sobre las AFP´S como entidades financieras expertas en esta materia de alta complejidad, dar a conocer las características positivas y negativas de cada régimen, todo ello, para erigir la validez de citado acto con el consentimiento informado del actor, tal como lo expone la Corte en su profuso análisis:

"*Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional,* ***la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento****.*

En ese sentido, ***tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo****.*

Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que ***«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»****, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)"*

Del interrogatorio de parte efectuado por **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** al señor **LUIS ALBERTO SOTO**, se extrae puntualmente que: se trasladó de régimen por los beneficios expuestos por el asesor en su momento, tales como, una rentabilidad anual sobre su ahorro y que podía pensionarse anticipadamente con cierto monto ahorrado, que creyó lo manifestado por los promotores del fondo privado, que no le indicaron las diferencias entre los regímenes coexistentes y sus prestaciones entre otras manifestaciones; de lo anterior se colige que el demandante desconoce situaciones puntuales y neurálgicas, tales como, la posibilidad de retractarse de sus afiliaciones, la forma de calcular la pensión en cada régimen, comparativos de ambos regímenes en lo que respecta a la forma de acceder a las prestaciones, las diferentes modalidades de pensión en el RAIS, destinación de sus aportes y descuentos realizados de los mismos entre muchos otros aspectos, evidenciándose una ostensible desinformación en el afiliado.

Es de recalcar que, no se le está exigiendo al fondo una asesoría por escrito, sino que acredite qué información dio y el alcance de la misma.

La regulación del derecho de información frente a los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de **PORVENIR S.A.** al momento de surtirse el traslado de régimen, toda vez que, el deber de información le es exigible a los fondos desde la creación dual de los regímenes con la ley 100/93.

Si bien milita en el expediente documental aportada por **PORVENIR S.A.** en los que se observa sendos documentos relacionados con la solicitud pensional en el RAIS, cabe destacar que, estos no tienen la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información al momento del traslado de régimen primigenio, puesto que, la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad.

A raíz de lo expuesto profusamente se colige que, **PORVENIR S.A.** no le proporcionó al señor **LUIS ALBERTO SOTO** información integral, adecuada y pertinente acerca del traslado de régimen efectuado el 01/12/1999 conforme a reporte de Asofondos que milita en el expediente y dado que, el citado fondo no acreditó el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acató, configurándose en un principio la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico el traslado de régimen bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.

Pese lo esgrimido hasta este punto es menester acotar que, el señor **LUIS ALBERTO SOTO** adquirió la calidad de pensionado con **PORVENIR S.A.** desde el 17/01/2018 en la modalidad de retiro programado inicialmente y posteriormente se suscribió renta vitalicia con **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, por ende, el presente asunto con la citada particularidad debe ser objeto de análisis a la luz del nuevo precedente del órgano de cierre.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en reciente sentencia **SL373 del 10 de febrero de 2021** señaló en similar asunto que:

"… si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a ***disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto****. Basta con relievar algunas situaciones:*

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

*Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión****. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado****.*

Por lo tanto, ***no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida****.*

(…)

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual ***la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones****."*

De lo anterior se colige que la adquisición del estatus de pensionado de los afiliados al sistema pensional que pretendan la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS, da pie a una serie de situaciones que permite la participación de terceros de buena fe o disfuncionalidades que podría ocasionar una grave afectación al sistema pensional colombiano.

Se hace la acotación que, en el referido fallo la Corte Suprema de Justicia abre la posibilidad de que los pensionados en similares situaciones que se consideren lesionados en su prestación económica reconocida en el RAIS puedan reclamar su debida reparación, veamos:

"Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, ***si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora****.*

*El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado****. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados****.*

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento*."*

Del estudio del memorial demanda se encuentra que las pretensiones incoadas consisten en que:

"1. DECRETAR la INEFICACIA Y/ O NULIDAD del traslado del régimen de prima media con prestación definida de ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS con el fondo de pensiones PORVENIR y en consecuencia se tenga al demandante LUIS ALBERTO SOTO como afiliado al régimen de prima media de COLPENSIONES.

2. ORDENAR al fondo de pensiones PORVENIR que realice el traslado del capital, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y/o rendimientos tal como lo dispone el art 1746 del Código Civil, a COLPENSIONES como administradora del régimen de prima Media.

3. ORDENAR a COLPENSIONES como Administradora del Régimen de Prima Media a pagar a favor del señor LUIS ALBERTO SOTO la pensión de vejez desde la fecha en que cumplió los requisitos mínimos para el efecto, conforme a lo establecido en la ley 100 de 1993. Esto es desde MAYO 6 de 2017.

4. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES como Administradora del Régimen de Prima Media a pagar a favor del señor LUIS ALBERTO SOTO los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre las mesadas que no se han cancelado a la fecha.

5. En subsidio de la anterior, se condene a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES como Administradora del Régimen de Prima Media a indexar los valores susceptibles de corrección monetaria.

6. Las demás que dentro de las facultades ultra y extrapetita resultaren probadas dentro del proceso.

7. Que se condene a las entidades demandadas al pago de las costas que se deriven del proceso."

De lo anterior se colige que en el trasegar del proceso no se discutió tema alguno respecto de una eventual reparación de perjuicios o similar y cómo se encuentra debidamente acreditado que el señor **LUIS ALBERTO SOTO** ostenta el estatus de pensionado en el RAIS con **PORVENIR S.A.**, se configura una situación jurídica consolidada que no es razonable revertir o retrotraer por los mayúsculos efectos que ocasionaría al Sistema General en Pensiones a voces del nuevo fallo de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, razón por la cual este colegiado acoge el citado fallo del órgano de cierre, por ende, se revocara el fallo de primera instancia y declara probada la excepción de inexistencia de la obligación esgrimida por las accionadas e integradas como litisconsortes, por los motivos antes expuestos.

Es pertinente dejar constancia que, esta sentencia no tiene el efecto de revocar el reconocimiento pensional hecho al actor parte de **PORVENIR S.A. y el posterior cambio de modalidad con Seguros de Vida Alfa S.A.**

Costas en ambas instancias a cargo del demandante conforme al artículo 365 numeral 1 del C.G.P., el A quo fijara las de primera instancia en su correspondiente oportunidad procesal.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia Consultada y Apelada N° 114 del 21 de julio del 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali y en su lugar **DECLARAR PROBADA** la excepción de mérito denominada ***INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*** incoada por las demandadas e integradas como litisconsortes necesarios y **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.** de todas y cada una de las pretensiones impetradas por el señor **LUIS ALBERTO SOTO** por las razones esgrimidas en esta providencia. Se deja constancia que esta sentencia no tiene el efecto de revocar el reconocimiento pensional hecho al actor parte de **PORVENIR S.A., y el posterior cambio de modalidad con Seguros de Vida Alfa S.A.**

SEGUNDO: SIN COSTAS EN AMBAS INSTANCIAS.

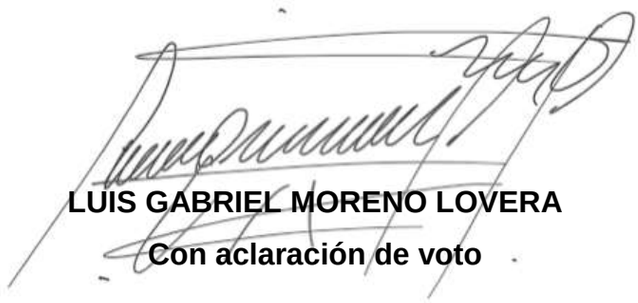
TERCERO: insértese la presente providencia en la página web de la Rama Judicial, en el link de sentencias del Despacho.

NOTIFÍQUESE POR EDICTO VIRTUAL
(AL2550-2021 Corte Suprema de Justicia)

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Con aclaración de voto

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Con aclaración de voto

Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:
0bed78e22c40d03113c4fbce261e7d4f9d4af956e52dfef9f8630943751b4f7d
Documento generado en 16/07/2021 06:15:37 AM

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