

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO
VS. COLPENSIONES, Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 760013105 011 2019 00562 01

Hoy treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022), 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 distanciamiento social por mandato de la Resolución 304 del 23 de febrero de 2022, resuelve la **APELACIÓN** presentada por la apoderada de PORVENIR S.A., así como la **CONSULTA** en favor de COLPENSIONES de la sentencia dictada por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 011 2019 00562 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 04 de febrero de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 06** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el parágrafo 3 del artículo 1o del Acuerdo PCSJA22-11930 de 25-02-2022, en ambiente preferente virtual.

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 93

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La demandante pretende en el presente proceso que, se declare la ineficacia de traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida

administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en consecuencia, se ordene al traslado de todos los dineros recibidos por la AFP PORVENIR S.A., por haber sido viciado su consentimiento e inducido en el error de que se encontraba en el régimen de mayor conveniencia para su pensión cuando no lo fue así. Así mismo, la demandante solicitó que, se ordene a COLPENSIONES reciba la totalidad de los valores ahorrados en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos.

PRETENSIONES:

- 1.** Se Declare la **INEFICACIA DEL TRASLADO** de mi poderdante del Régimen de Prima Media representado por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** actualmente **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual representado por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, entidad ante la que se surtió el traslado de régimen.
- 2.** Proclamado el punto uno (1), de las pretensiones de éste escrito, se ordene a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** hacer todos los trámites pertinentes para que mi poderdante sea Retornado al **REGIMEN DE PRIMA MEDIA** (Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones) y que se le trasladen todos los valores de la cuenta de ahorro individual a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.
- 3.** Proclamado el punto dos (2), se le ordene a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** reciba los valores por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PORVENIR S.A.** la totalidad de lo ahorrado por mi poderdante la Señora **MARIA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO** en su cuenta de ahorro individual junto con cada uno de sus valores adicionales (rendimientos).
- 4.** Por otra parte solicito señor Juez, que condene a las partes Demandadas al pago de los correspondientes gastos, costas y agencias en derecho, según sus consideraciones.
- 5.** Reconocer a la apoderada, Personería Jurídica para actuar.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, por considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo.

Los hechos del proceso relacionados con la demanda y (01CuadernoOrdonarioRad201900562 fl. 48-50), y la contestación de COLPENSIONES (01CuadernoOrdonarioRad201900562 fl. 93- 102), así como la contestación de PORVENIR S.A. (01CuadernoOrdonarioRad201900562 fl. 146—169), 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 ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declarando la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

En consecuencia, condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, comisiones y gastos de administración causados con ocasión del traslado de la demandante. Así mismo, ordenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores anteriormente mencionados.

Por último, condenó en costas a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. (06ActaAudiencia fl. 5-6) (07AudioAudiencia fl.19-19 min 55:36 y ss)

SENTENCIA No. 288

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO**, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**, de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado de la señora **MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO**.

TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado de la señora **MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO**, por el tiempo que estuvo afiliada a esta entidad.

CUARTO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a que reciba a la señora **MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO** en el RPM y reciba las sumas provenientes de la

QUINTO: CONDENAR en costas a las entidades demandadas. Por secretaría inclúyase en la liquidación de costas como agencias en derecho la suma de **1 SMLMV**, a cargo de cada una de las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**

SEXTO: Si no es apelada esta providencia, **CONSÚLTESE** con el Superior.

NOTIFICACIÓN EN ESTRADOS

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR S.A., la apeló y argumentó, que dentro del proceso no existían razones para que se hubiese declarado la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante del RPM al RAIS, ya que, si bien su representada tenía una obligación de carácter profesional y debía brindarle a la demandante una información que le permitiera tomar una decisión consciente y libre sobre el futuro pensional, ello se hizo conforme lo establecía el Decreto 663 de 1993, sin embargo, el Juez en primera instancia le impuso a PORVENIR S.A. obligaciones que no estaban en su cabeza para el año 1996, cuando se realizó la afiliación de la señora MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO, toda vez que, para esa época la AFP no estaba en la obligación de desincentivar la afiliación de la demandante, ni de dar un buen consejo, como se desarrolló posteriormente por la CSJ, sin que ello signifique una manifestación en contra de PORVENIR S.A.

Expresó que, fue con el nacimiento de la Ley 1328 de 2009, y con el Decreto 2241 de 2010, que las AFP's se vieron obligadas a dar una información en términos de un buen consejo o de incluso desincentivar la afiliación al régimen, pero estas obligaciones no estaban vigentes cuando se realizó la afiliación de la demandante, por lo tanto, no resulta permisible que a PORVENIR S.A. se le aplique de manera retroactiva dicha obligación, sin que existan disposiciones normativas le hubieran conferido tal carácter.

Indicó que, la demandante contaba con amplia capacidad legal para haber suscrito el formulario y tomar la decisión de cambiar de régimen pensional, además, el formulario de afiliación era requisito legal para hacerlo, el cual contaba con la aprobación de la entonces Superintendencia Bancaria y era el único soporte documental del cual se debía dejar registro en aquella época. Por esa razón, era completamente admisible que la información se diera de forma verbal por parte de los asesores comerciales de la AFP y esto no constituía ningún incumplimiento de sus obligaciones, además, añadió que, PORVENIR S.A. era quien capacitaba ampliamente a los asesores comerciales para que le pudieran proporcionar una información clara, completa y suficiente a los potenciales afiliados sobre las características del sistema general de pensiones, y las particularidades del RAIS.

Mencionó que, la conveniencia de un régimen u otro varía de conformidad con el tiempo, por lo que no se podía prever en el año 1996 cuál sería la conformación del grupo familiar de la afiliada en el momento en el que ella solicitaba el reconocimiento de la prestación de vejez y cuál la fidelidad de sus cotizaciones, o si realizaría

aportes voluntarios, todos estos aspectos le afectaron posiblemente el valor de la futura mesada pensional de la demandante, no obstante, afirmó que, PORVENIR S.A no falta a la verdad cuando indica que en el RAIS se pueden alcanzar pensiones superiores a las del RPM, toda vez, que no existe un tope máximo en cuanto al valor de la mesada pensional como si lo existe en el RPM.

Así mismo, expresó que no existe un sustento legal para declarar la ineficacia de la afiliación, en la medida que del artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 no se puede extraer la conclusión de una supuesta ausencia de información al momento de la afiliación, dichos artículos y el literal b del artículo 13, sancionan la conducta positiva de quien atente contra la posibilidad de las potestades que tienen los trabajadores de elegir un sistema pensional o de salud, pero nada dicen de la información que tenían proporcionar las AFP's y la consecuencia jurídica de haber o no proporcionado dicha información, por lo que se trata de una hermenéutica eminentemente proteccionista y no del tenor literal de estos artículos.

Resaltó, que al declarar la ineficacia de la afiliación se entiende que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS y por lo tanto, sus aportes nunca fueron a una cuenta individual, lo que significaría que dichos aportes nunca generaron rendimientos, por lo tanto la demandante lo único que tendría en el RPM sería lo correspondiente al 16% del IBC que cotizó durante todos los años de vida laboral y nada más, siendo muy exegéticos no habría lugar a la devolución de los rendimientos toda vez que estos no se hubieren causado en la misma proporción.

Solicitó que, en el supuesto que la Sala llegase a confirmar parcialmente la decisión proferida por el *A quo* y se considerara que PORVENIR S.A. está en la obligación de trasladar los aportes y rendimientos, se tenga en cuenta que los gastos de administración fueron dineros que se descontaron legalmente en la medida que la afiliación gozaba de plena validez y dichos valores se utilizaron para generar toda la infraestructura que le permitía a PORVENIR S.A. invertir el dinero que aportaba la demandante y precisamente generarle rendimientos que se están ordenando ser trasladados. Exigirle a PORVENIR S.A., devolver estos gastos de administración le constituye un detrimento, ya que, fueron dineros que se utilizaron para un propósito que ya se surtió, y al trasladarse los rendimientos ya está siendo beneficiada a comparación con ese pequeño porcentaje que se les descontó como gastos de administración.

Añadió que, su representada ha actuado con suficiente probidad y transparencia a la hora de administrar los recursos de la demandante y cumplió siempre con las obligaciones a su cargo.

Reiteró que, la AFP no tenía por qué realizar ningún tipo de proyección pensional, además, mencionó que, el derecho de información es de doble vía y los afiliados como consumidores financieros también tienen la obligación de informarse más allá de la información que llegue a proporcionar las AFP´s sin que esto las exima de su responsabilidad, ya que, PORVENIR S.A. en ningún momento incumplió con ese deber, pues para la fecha, en la que se realizó la afiliación el deber de información no tenía el mismo desarrollo normativo y jurisprudencial que tiene hoy en día, por lo tanto, no se le puede exigir a PORVENIR S.A. información en estos términos cuando ella no tenía conocimiento de las futuras regulaciones en términos de información.

En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia número 288 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y se declaren probadas las excepciones de mérito que se propusieron con la contestación de la demanda por parte de PORVENIR S.A. (07AudioAudiencia fl. 19-19 min 59:06 y ss)

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del tres (03) de febrero de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

La apoderada sustituta de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, presentó por escrito sus alegaciones dirigidas a cuestionar la ineficacia del acto de afiliación surtido conforme al literal “b” y “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, diligenciado en formularios, que constituyen prueba plena de la voluntad del afiliado de trasladarse de régimen. Señaló que cada régimen pensional tiene sus propias ventajas y desventajas, mismas que son asumidas por los afiliados al momento de efectuar su afiliación, por lo que resulta improcedente y

jurídicamente inviable que, se pretendan alegar supuestos vicios en el consentimiento por la presunta desventaja que les comportaría recibir una mesada pensional en el RAIS, más cuando el demandante conserva la posibilidad de obtener una pensión en el RAIS.

En cuanto a la carga dinámica de la prueba mencionó que, no puede ser aplicada en forma genérica, sin ninguna ponderación y, en desigualdad de las partes involucradas en un proceso, pues según lo establecido en el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012 y, en la sentencia C-086 de 2016, debe decirse que atiende su inspiración teórica, fundada en los pilares de solidaridad, equidad (igualdad real entre las partes), lealtad y buena fe procesal, todos ellos reconocidos en la Carta Política de 1991, donde el principio “quien alega debe probar” cede su lugar al principio “quien puede debe probar”. Su ejercicio por parte del juez es, “Imponer al juez la obligación de acudir en todos los eventos a la institución de la carga dinámica de la prueba, y no de manera ponderada de acuerdo con las particularidades de cada caso y los principios generales de la Ley 1564 de 2012, significaría alterar la lógica probatoria prevista en el estatuto procesal diseñado por el Legislador, para en su lugar prescindir de las cargas procesales razonables que pueden imponerse a las partes y trasladar esa tarea únicamente al juez.”

Arguyó que, respecto a los presuntos vicios de consentimiento configurados al momento del traslado al RAIS, con fundamento en la ausencia de una proyección de la mesada pensional, y en la presunta desventaja que comporta para el afiliado recibir una mesada pensional en el RAIS en lugar del RPM, señaló que, a diferencia de lo que se planteó en la demanda, tales circunstancias no constituyen vicios en el consentimiento. De un lado porque para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

Hizo alusión a algunos apartes de lineamientos jurisprudenciales que destacan que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales. En consecuencia, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

La apoderada de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, presentó por escrito sus alegaciones y señaló que su representada cumplió a cabalidad la obligación de dar información a la demandante, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha de su afiliación, el año 1997.

Hizo alusión a que la demandante es completamente capaz en los términos del artículo 1502 y 1503 del Código Civil, y eligió de manera libre sin ningún tipo de coacción, pertenecer al Régimen de ahorro individual durante más de 22 años, sin realizar ningún tipo de queja, inconformidad o reclamo.

Arguyó que, el motivo real de la aquí demandante para solicitar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, no reposa en la forma en cómo se produjo el traslado, sino en el supuesto de hecho de no cumplir con las expectativas frente al monto de la pensión. Por lo tanto, no puede entenderse como un engaño a los afiliados, la circunstancia de no cumplir con la expectativa personal de pensión, por cuanto el monto de la pensión depende de distintos factores.

Manifestó que, al considerar que la demandante cumplió con los requisitos para declarar la ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual, su consecuencia jurídica es que ella nunca estuvo afiliada al RAIS, por tanto, sus aportes nunca ingresaron a una cuenta de ahorro individual de PORVENIR S.A., por lo que no sería posible la devolución de unos rendimientos que se generaron gracias a la debida gestión de la AFP y no se causan en el régimen de ahorro individual.

Así mismo, expresó que no es dable la restitución de las sumas que pagó por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, toda vez, que no es una figura que opera en el régimen de prima media y solo opera cuando existe el siniestro y el seguro se activa.

Por último, insistió en que su representada no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por tanto, no tendría que afectar su patrimonio propio al verse obligada a devolver los gastos de administración, generándose un detrimento patrimonial en la AFP PORVENIR S.A y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de COLPENSIONES. Por lo tanto, solicitó revocar el fallo proferida en primera instancia y condenar en costas a la demandante.

La apoderada de la señora **MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO** parte **demandante**, presentó por escrito sus alegaciones y manifestó que su poderdante no recibió en la afiliación la información necesaria, clara, completa y detallada que le permitiera conocer las ventajas, desventajas y características y requisitos para adquirir su derecho a pensión de vejez propias de cada régimen pensional (RAIS y RPM), como lo ha establecido el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral. Por lo tanto, solicitó que se confirme el fallo proferido en primera instancia.

CONSIDERACIONES:

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación y consulta, le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si ¿El traslado de régimen de la demandante resulta nulo o ineficaz?, así como las consecuencias que de ello se derivan.

Dentro del plenario quedó acreditado que, la señora MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO nació el 16 de abril de 1959 (01CuadernoOrdonarioRad201900562 fl. 5), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 3 de marzo de 1984 (01CuadernoOrdonarioRad201900526 fl. 24) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP PORVENIR S.A. el 01 de enero de 1997, tal como se registra en la certificación de Asofondos (01CuadernoOrdonarioRad201900562 fl. 171) .

Afiliado: CC 38436235 MARIA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO [Ver detalles](#)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 38436235							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Vinculación por responsabilidad del empleador	1995-10-01	2016/12/16	COLPENSIONES			1995-10-01	1996-12-31
Traslado regimen	1996-11-07	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1997-01-01	

2 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 38436235						
Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Desercción	AFP	AFP involucrada	
1996-11-07	1996-12-12	01	AFILIACION	PORVENIR		

Un item encontrado.

1

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es el nacimiento de la relación jurídica de traslado de régimen a la AFP PORVENIR S.A., momento en el

que dicha entidad no le suministró información adicional, consistente en la edad mínima y el saldo que debía acreditar en su cuenta de ahorro individual, así como tampoco le informaron 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 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-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**,

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”.*

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

Las decisiones de los años 2019-2021 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que *“el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*. 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 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 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, la AFP PORVENIR S.A. al momento de realizar la vinculación con la 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, la AFP PORVENIR S.A., 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 la AFP PORVENIR S.A., no realizó 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 aduce la demandada, por tanto, la 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 consumidora financiera sobre la diligencia y cuidado, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho—** que el 01 de enero de 1997, realizó **MARÍA VIRGINIA VILLEGAS BOTERO** del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP 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 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 (que no son las “sumas adicionales”) 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.

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...”*

Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, 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).

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 de la 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 de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberán subsanar la AFP 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 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

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 (...). ”

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.

el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante”.

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

“No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador.”

Ahora respecto de la prescripción, basta recordar que de tiempo atrás tiene decantado la jurisprudencia Constitucional y de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia que i) el derecho a la pensión no prescribe, en tal 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 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 y CUARTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A., que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la 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.
- II. **CONDENAR** a la AFP 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 de la 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.
- 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., apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000. **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. En caso de no interponerse casación por Secretaría se devolverá al Juzgado de origen.

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

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**

Código de verificación: **90f417f6f788894dfbfd38802eea3b4cdc7b3d25c29d271b657825383e22a146**

Documento generado en 30/03/2022 08:53:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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