

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE LUZ MARY ARIAS GÓMEZ
VS. COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 760013105 011 2019 00577 01

Hoy once (11) 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 emergencia sanitaria, 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 **LUZ MARY ARIAS GÓMEZ** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 011 2019 00577 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 21 de enero de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No.02**, 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 67

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en este proceso, se orienta a obtener la declaratoria de nulidad de la vinculación o 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., así mismo 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. En este sentido, la demandante solicitó que COLPENSIONES actualice la afiliación. Así como también reclamó pago de perjuicios equivalente a las mesadas pensionales dejadas de percibir desde cuando alcanzó la edad pensional.

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 (01CuadernoOrdonarioRad201900577 fl. 37-47), y la contestación de COLPENSIONES (01CuadernoOrdonarioRad201900577 fl. 52-66), así como la contestación de PORVENIR S.A. (01CuadernoOrdonarioRad201900577 fl. 106-167), 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 probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de los perjuicios reclamados por la demandante. Accedió el Juzgado a la declaratoria de ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos, comisiones y gastos de administración, incluido el porcentaje destinado a la prima de seguro previsional, depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Por último, condenó en costas a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., en favor de la demandante. (010ActaAudiencia fl. 273-284) (011VideoAudiencia fl.285-285 min 1:04:00: y ss.)

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de PORVENIR S.A., la apeló y argumentó que, no se debió tener como no probado el cumplimiento del deber de información

como dispuso el *A quo* en la parte considerativa de la providencia, toda vez que, PORVENIR S.A. sí cumplió con ello, tal y como le era exigible al momento que se dio la vinculación de la demandante, siendo ella informada de las condiciones, beneficios, características y limitaciones de ambos regímenes pensionales, lo cual le permitió de manera libre y voluntaria suscribir el formulario de vinculación con PORVENIR S.A.

Indicó que, la obligación del deber de información ha ido evolucionando a través del tiempo, tal como lo expresó la Corte Suprema de Justicia, cuando estableció que este deber ha tenido tres etapas, y para la época de vinculación de la demandante este deber se encontraba en la primer etapa, por lo tanto, no existía el deber de la doble asesoría, el deber del buen consejo, ni tampoco la obligación de conservar soportes documentales que dieran cuenta del cumplimiento de los deberes mencionados, por lo tanto, estas obligaciones surgieron de manera muy posterior de la vinculación de la demandante.

Insistió que, a partir del desarrollo normativo y jurisprudencial que ha tenido el deber de información, no podría establecerse que por el hecho que la única constancia escrita de la asesoría brindada resulte ser el formulario de afiliación, no se tenga por probado el cumplimiento del deber de información, toda vez que, PORVENIR S.A se amparó en el deber de confianza legítima y seguridad jurídica, dando cabal cumplimiento a los deberes que le asistían al momento que se dio la vinculación, sin que pueda aplicarse de manera retroactiva ese nuevo deber de información que hoy por hoy rige a las AFP's, el cual surgió a partir del Decreto 2241 del 2010, Decreto 2555 de 2010, Decreto 1557 de 2015 y la Ley 1748 del 2014, así como también la jurisprudencia que ha venido construyendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apelante indicó, que la señora LUZ MARY ARIAS GÓMEZ debió constatar la información que era de público conocimiento, toda vez que la misma se encontraba consagrada en la ley, y al ser una consumidora financiera debía actuar con diligencia y cuidado, y como se conoce es un principio general del derecho que no puede eximirse a los ciudadanos del cumplimiento de la ley por desconocer la misma.

Además, el apelante se opuso a la devolución de los rendimientos, ya que, si se entiende que la consecuencia de declarar la ineficacia sobre un acto jurídico, es

declarar que este nunca nació a la vida jurídica, no habría lugar a retornar rendimientos que nunca se generaron.

También se negó a la condena impuesta con respecto a la devolución de los gastos de administración, toda vez que en primer lugar el acto de traslado fue totalmente válido; en segundo lugar, la condena no es acorde a lo consagrado en los artículos 1746 y 1747 del código Civil, al no tener relación con los actos jurídicos que son declarados nulos, y en lo que tiene que ver con las restituciones mutuas. Debido a lo anterior, consideró PORVENIR S.A. que no se le debe exigir devolver los aportes y rendimientos de la cuenta de la demandante, y al mismo tiempo obligar a devolver las sumas que se invirtieron para mantenerlos e incrementarlos.

Consideró que estos gastos de administración tienen una destinación específica, consagrada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y obedecían a la correcta administración, generación de una renta y seguridad en los recursos en la cuenta de la demandante, por lo que estas sumas de dinero fueron descontadas conforme a derecho y destinadas para el fin que fueron prescritas y no se encuentran en favor de la AFP.

Por último, se opuso a la devolución de las primas o porcentajes pagados para las primas de los seguros previsionales, toda vez que durante el tiempo que la demandante se mantuvo vinculada se efectuaron dichos descuentos a fin de pagar dichas primas y suscribir los contratos de seguro que le permitió a la demandante cubiertas las contingencias de validez y muerte, por tanto, esas sumas de dinero fueron descontadas y empleadas para el fin para el que se encontraban previstas.

Por lo anteriormente mencionado, la apoderada de PORVENIR S.A. solicitó que se le absuelva a su representada de las condenas que le fueron impuestas en primera instancia. (011VideoAudiencia fl.285-285 min 1:12:27: y ss.)

CONSULTA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del veintiuno (21) de enero 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 parte actora no presentó alegaciones.

La apoderada sustituta de **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 sustituta de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, presentó por escrito sus alegaciones y manifestó que la AFP sí cumplió con el deber de información, conforme al marco legal que lo regulaba en la época que la demandante se vinculó a Colpatria (hoy Porvenir S.A.), y no a los criterios esbozados emitidos por el *A quo*.

Señaló que, la información para la afiliación se entregó de manera verbal y, conforme a las exigencias del momento. Alegó que, su representada se encuentra en una evidente indefensión probatoria como quiera que no existe un registro documental exacto sobre la asesoría que le fue brindada a la demandante porque para la época en que se efectuó la afiliación, no estaba obligada a llevarlo.

Indicó que, la demandante no demostró ser incapaz al momento de la suscripción del formulario de afiliación radicado ante su representada, tampoco vicios en el consentimiento que invalidaran su determinación de vincularse a la AFP Colpatria (hoy Porvenir), de manera que el acto de afiliación surtió plenos efectos, lo que le permitió a la demandante permanecer válidamente afiliada por aproximadamente 22 años a la AFP representada y efectuar aportes a su cuenta de ahorro individual normalmente.

Además, expresó que, debe tenerse en cuenta que la actora efectuó en tres oportunidades traslados horizontales entre las AFP Colpatria (hoy Porvenir) y Porvenir S.A., por lo que convalidó su decisión de pertenecer y permanecer afiliada al R.A.I.S., demostrando su aquiescencia frente a las condiciones propias del régimen.

Destacó que, la actora en su interrogatorio de parte manifestó desempeñarse como Gerente en el banco WBB, a pesar de lo cual manifestó desconocer el funcionamiento de un sistema de capitalización. Así pues, la condición particular de la afiliada resulta ser un elemento de juicio relevante, pues aquel tiene una profesión en virtud de la cual cuenta con competencias que le permiten adquirir el conocimiento necesario para tomar la decisión

Puso de presente que si bien, el acto de afiliación impone el deber de información de parte de las administradoras, ello no exonera a la afiliada del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, como tampoco la sustrae de la aplicación de la ley que es de público conocimiento, de manera que su ignorancia no puede invocarse como excusa para viciar su consentimiento.

De los argumentos expuestos coligió que, la sentencia de primera instancia debe ser revocada en su totalidad por cuanto impuso una carga imposible de cumplir a su representada al pretender que acredite el cumplimiento del deber de información con estándares normativos vigentes a la fecha que se profirió la sentencia, y no de la época que la demandada se afilió a Colpatria, hoy, Porvenir S.A.

Expresó que, tampoco se puede olvidar que el deber de información es de doble vía, y los afiliados como consumidores financieros tienen el deber de actuar con la debida diligencia y cuidado que corresponde para tomar decisiones que tendrán consecuencias tan trascendentales como definir su futuro pensional. De otro lado, se concluye que Colpatria (hoy Porvenir) actuó de buena fe en relación con el traslado efectuado por la demandante ciñéndose a todos los parámetros legales correspondientes a la fecha en que se materializó la afiliación.

Hizo mención que la inconformidad no recae en la falta al deber de información, sino en el monto de la pensión de vejez que tendría derecho por estar afiliada al RAIS, pues alegó que no se logró acreditar que existiera una acción u omisión de su representada, en virtud de la cual se debiera declarar la ineficacia. También, indicó que, no es procedente la condena impuesta a la AFP a trasladar los aportes, rendimientos y gastos de administración a Colpensiones, toda vez que, el traslado realizado por la demandante surtió plenos efectos y se ajustó a la normatividad, librándola de cualquier vicio. Por último, alegó la figura de la prescripción de nulidad pues consideró que se trata de un tema relacionado con la seguridad social.

En consecuencia, solicitó revocar la decisión objeto del recurso de apelación y se absuelva a su representada de las condenas impuestas en su contra.

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 LUZ MARY ARIAS GÓMEZ nació el 28 de noviembre de 1962 (01CuadernoOrdonarioRad201900577 fl. 37), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 16 de julio de 1985 (01CuadernoOrdonarioRad201900577 fl. 24) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP´s COLPATRIA y HORIZONTE, hoy, PORVENIR S.A. el 01 de noviembre de 1998, tal como se registra en la certificación de Asofondos (01CuadernoOrdonarioRad201900577 fl. 127)

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 31917207							
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
Traslado regimen	1998-09-09	2004/04/16	COLPATRIA	COLPENSIONES		1998-11-01	2000-09-28
Cesion por fusion	2000-09-29	2013/10/04	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-09-29	2001-09-30
Traslado de AFP	2001-08-15	2004/04/16	PORVENIR	HORIZONTE	HORIZONTE	2001-10-01	

3 registros encontrados, visualizando todos registros.

1

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante prestó servicios como trabajadora del sector 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 la afiliada 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**, **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

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”.*

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, las AFP's COLPATRIA y HORIZONTE, hoy, 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's COLPATRIA y HORIZONTE, hoy, 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 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 noviembre de 1998, realizó **LUZ MARY ARIAS GÓMEZ** del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP´s COLPATRIA y HORIZONTE, hoy, 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 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, 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

² CSJ SCL, Sentencia del **09 de septiembre de 2008**, radiación 31989, MP. Dr. Eduardo López Villegas: “La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo ha de responder a partir de cuándo le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada...”

³ Artículo 1746 C.C. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...).

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 las AFP's COLPATRIA y HORIZONTE, hoy, 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 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

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.

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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales SEGUNDO, TERCERO y CUARTO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **LUZ MARY ARIAS GÓMEZ**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
EICE.

- II. **CONDENAR** a las AFP'S COLPATRIA y HORIZONTE, hoy, 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.
- III. **CONDENAR** a las AFP'S COLPATRIA y HORIZONTE, hoy, 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.
- IV. **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.

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

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: **eb1f8aeb5cae1381ab14b08016a1d5a154a7edcfec0da75b1d7d756884ad8193**

Documento generado en 10/03/2022 10:51:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>