REPÚBLICA DE COLOMBIA

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

REF. **ORDINARIO DE EVELIO LEÓN OCHOA**
VS. **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**
RADICACIÓN: **760013105 010 2017 00685 01**

Hoy, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022), surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, que armoniza con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de emergencia sanitaria, escrituralidad virtual y distanciamiento social por mandato de la Resolución 666 del 28 de abril de 2022, resuelve la **APELACIÓN** presentada por las apoderadas de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la **CONSULTA** en favor de COLPENSIONES de la sentencia dictada por el JUZGADO VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **EVELIO LEÓN OCHOA** contra **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES,** con radicación No. 760013105 010 2017 00685 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 06 de mayo de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 28** 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 196

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

Por medio de auto número 071 del 26 de marzo de 2022, el Juzgado Decimo Laboral del Circuito de Cali remitió al Juzgado Veinte Laboral del Circuito de la

misma ciudad, el proceso ordinario laboral de la referencia, conforme lo dispuesto mediante Acuerdo No. CSJVAA21-20 del 10 de marzo de 2021 emanado del Consejo Seccional de la Judicatura del Valle del Cauca.

La pretensión del demandante en el proceso objeto de estudio, se orienta a obtener la declaratoria de nulidad absoluta del traslado del régimen pensional de prima media (RPM), al régimen de ahorro de ahorro individual con solidaridad, administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el cual estuvo mediado de error.

En consecuencia, solicitó se ordene su retorno a la Administradora COLPENSIONES, entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida. Además, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los aportes efectuados por su mandante junto a sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES y asumir las diferencias que haya lugar. (03ExpedienteDigitalizado fl. 7)

PRETENSIONES:

PRIMERO: Que se declare la nulidad absoluta del traslado de régimen de prima media con prestación definida efectuado a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** la cual estuvo mediada de error, y que por ello este se encuentra viciado de nulidad, al no informarle de manera completa, comprensible y a la medida: i) sobre las modalidades de pensión en el RAIS, y las diferencias con la que obtendría en el de prima media, ii) la posibilidad que tenia de retractarse de su afiliación y de retornar al régimen de prima media y iii) por no habérsele hecho entrega física del el plan de pensiones y reglamento de funcionamiento, tal como se ordena en el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

SEGUNDO: Como consecuencia de la nulidad del traslado, se ordene a través de esta sentencia el retorno de mi poderdante a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES-** entidad que administra el régimen de prima media con prestación definida, recuperando de igual manera el Región de Transición.

TERCERO: Sírvase señor juez **ORDENAR** a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** que una vez ejecutoriada su sentencia, se sirva trasladar los aportes efectuadas por mi mandante junto con sus respectivos rendimientos a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y asumir las diferencias que haya lugar derivadas del cálculo de equivalencias entre regímenes.

CUARTO: Lo que ultra y extra petita resulte demostrado en el proceso.

La demandada **PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones, por considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. En tanto, **COLPENSIONES** realizó la observación de atenerse a los resultados del proceso.

Los hechos del proceso relacionados con la demanda (03ExpedienteDigitalizado fl. 5-7) y, la contestación de COLPENSIONES (03ExpedienteDigitalizado fl. 73-83), así como la contestación de PORVENIR S.A. (04ExpedienteDigitalizadoParte2 fl 17-35) 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 VEINTE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declarando la ineficacia de la afiliación del demandante, al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) que tuvo como fecha efectiva el 29 de junio de 1999, proveniente del extinto ISS, hoy, COLPENSIONES.

Condenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, tales como la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, con sus frutos e intereses, gastos de administración y estos últimos valores debidamente indexados.

Condenó a COLPENSIONES a admitir dicho traslado y a aceptar todos los valores que reciba por motivo del traslado. Por ultimó condenó en costas a las entidades demandadas. (10ActaAudiencia fl. 260-264) (11AudienciaJuzgamiento fl. 264-264 Min 49:28 y ss.)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, por las razones expuestas en líneas precedentes.

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO del señor **EVELIO LEON OCHOA** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad que tuvo como fecha efectiva el 29 de junio de 1999, proveniente del extinto ISS hoy por COLPENSIONES, por las razones anteriormente expuestas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.,** a transferir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**- todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, contenidos en su cuenta individual de ahorro, tales como la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, las sumas adicionales de la aseguradora, los bonos pensionales, los valores correspondientes al 0.5% del ingreso base de cotización, destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con todos sus frutos e intereses, los gastos de

administración, los valores utilizados en seguros previsionales si los hay, de los cuales los tres últimos deberán ser entregados debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** a admitir el traslado del régimen pensional del demandante, **EVELIO LEON OCHOA.**

QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, a aceptar todos los valores que reciba de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** en los términos anteriormente expuestos.

SEXTO: COSTAS a cargo de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.,** fíjese la suma de **UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000)**, y a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, fíjese igualmente la suma de **UN MILLÓN DE PESOS ($1.000.000)**.

SÉPTIMO: La presente Sentencia, **CONSÚLTESE** ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al tenor de lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

Esta providencia se notifica en **ESTRADOS**. a las partes y a sus apoderados judiciales.

APELACIÓN.

Inconforme con la decisión el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES,** la apeló y resaltó que su representada en el presente caso es un tercero y, los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes, por lo tanto, la administradora pensional que representa no puede verse perjudicada con la decisión adoptada por la nulidad del traslado.

Señaló que, su representada es solo competente para realizar una nulidad de traslado de régimen pensional, cuando se comete falsedad en el formulario de afiliación, cuando el empleador afilia al trabajador sin su debido consentimiento, o cuando el formulario de afiliación no estuviere firmado por el afiliado o se haya suplantado la debida firma, lo cual no fue probado en el presente asunto, por lo cual COLPENSIONES no podía resolver la solicitud de ineficacia de traslado régimen pensional.

Indicó que, en aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba quedo solo en cabeza de las entidades demandadas la obligación de demostrar los supuestos alegados por la parte demandante, acerca de la insuficiente información suministrada al momento que se efectuó el traslado, excluyendo totalmente de dicha obligación al demandante, creando una situación ventajosa en favor de él.

Alegó que, su representada no debería ser condenada al pago de cosas procesales, pues la entidad no tenia la competencia para decidir sobre la afiliación o la ineficacia del traslado debatida en el presente proceso.(11AudienciaJuzgamiento fl. 264-264 Min 52:05 y ss.)

Inconforme con la decisión la apoderada de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, la apeló y argumentó que, su representada siempre actuó de buena fe en el acto jurídico de traslado del demandante y garantizó la libertad de escogencia de régimen, y en tal razón no habría sentido en la declaratoria de ineficacia.

Cuestionó las condenas impuestas a su representada, exactamente la devolución de los emolumentos específicamente cotizaciones, comisiones, gastos de administración, sumas adicionales con sus frutos e intereses, ya que, la AFP siempre actuó de buena fe en el acto jurídico de traslado y, no debería ser condenada o verse afectada a cargo de su propio peculio.

Indicó que devolver los gastos de administración, en el entendido de la teoría de las restituciones mutuas del que trata el artículo 1746 del Código Civil, dichos gastos tienen un objetivo y una finalidad que si bien están plasmados de manera taxativa en la ley, son aspectos que ya se encuentran consolidados y, si el efecto jurídico de la declaratoria de ineficacia es retrotraer como si nunca hubieren existido el acto jurídico inicial o negocio jurídico, no tendría sentido que se vea beneficiado el demandante o directamente COLPENSIONES con esta devolución de gastos de administración, pues es la AFP quien cumplió con sus obligaciones de hacer que descuenta de tales emolumentos en cumplimiento de los requerimientos legales, es decir, no resulta procedente ordenar la restitución de sumas percibidas por ese concepto, pues se estaría quebrantando el equilibrio económico por el cual se soportan las restituciones mutuas y desde una adecuada aplicación de la teoría de las restituciones mutuas supondría respetar esos efectos que por su naturaleza ya están consolidados y que no es posible retrotraer tal punto, lo que significa que se estaría generando un enriquecimiento injustificado en cabeza de una de las partes, toda vez que, los gastos de administración y comisiones deben ser considerados como expensas necesarias en el lenguaje utilizado sobre las restituciones mutuas que están garantizadas y fundamentadas en el artículo 965 del Código Civil, en donde quiera que estos gastos de administración y comisiones están dirigidos a conservar y a mantener a tal punto de generar una rentabilidad de los recursos del demandante. En ese sentido, el objetivo fue garantizar y cubrir una contingencia,

como es la vejez, y su fundamento está directamente ligado al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estos costos y remuneraciones que hace este esfuerzo de una debida gestión que realiza su representada se queda sin la correlativa compensación a la que tendría derecho.

En cuanto a la condena impuesta, sobre las sumas adicionales de manera solo enunciativa mencionó que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su segundo parágrafo mencionó cual es el porcentaje de los valores destinados a financiar los gastos de administración, como las primas de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivencia en este caso. Tampoco resulta prudente que su representada deba restituir las sumas que pago por concepto de sumas adicionales de la aseguradora, por cuanto estas sumas únicamente operan cuando existe el siniestro, es decir, cuando se materializa, o cuando se pensiona el accionante por vejez o invalidez y, precisó que esta figura no opera directamente en el régimen de prima media, sino exclusivamente en el régimen de ahorro individual con solidaridad, y de manera solo enunciativa la Sentencia 251 de 2020, del Magistrado Ponente Antonio José Valencia Manzano, se mencionó que no es procedente la devolución en los procesos en los cuales no hay debate jurídico en torno a una pensión de sobrevivencia o invalidez, en ese sentido, de acuerdo a lo manifestado durante todo el proceso, no fue objeto del debate jurídico estos aspectos por tal sentido no tendría el deber su representada hacer devolución de estos aspectos. Además, la cobertura por la cual se obtiene ese contrato de seguros es de tracto sucesivo, por lo que ya no son dineros que pertenezcan a PORVENIR S.A.

Se opuso a la condena con los valores debidamente indexados y, demás emolumentos, argumentó que de acuerdo a la Sentencia del Dr. Carlos Alberto Oliver resulta cuestionable, que se condene tanto a los gastos de administración como estos debidamente indexada, pues resulta un doble cobro, si se tiene en cuenta la naturaleza del RAIS y la permanente inversión en bolsa, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de los afiliados generan una rentabilidad periódica y en ningún momento estaría perdiendo el poder adquisitivo de la moneda, razón por la cual, considera la apoderada que es improcedente esa indexación incoada en la condena impuesta a PORVENIR S.A.

Consideró, menester reiterar que su representada siempre actuó de buena fe y garantizó a través del formulario de afiliación el consentimiento y libertad de escogencia.

En conclusión, solicito se revoque la sentencia proferida en primera instancia y se declaren probadas las excepciones de fondo a tal punto de absolver a PORVENIR S.A de todas y cada una de las pretensiones del demandante. (11AudienciaJuzgamiento fl. 264-264 Min 59:33 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 trece (13) de mayo de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispuso el Decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Dentro del término, la demandada PORVENIR S.A. a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentó alegatos de conclusión, ratificándose en lo expuesto en la contestación de la demanda, y en el recurso de apelación.

La parte demandante y COLPENSIONES guardaron silencio.

C O N S I D E R A C I O N E S:

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 del demandante resulta nulo o ineficaz? así como las consecuencias que de ello se derivan.

Dentro del plenario quedó acreditado que, el señor EVELIO LEÓN OCHOA nació el 14 de septiembre de 1953 (03ExpedienteDigitalizado fl. 22) y estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 20 de enero de 1977 (03ExpedienteDigitalizado fl. 24), hasta 01 de agosto de 1999, que se hace efectivo el traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., tal como lo registra en la certificación de Asofondos. (04ExpedienteDigitalizadoParte2 fl 37)

Hora de la consulta : 11:35:07 AM
Afiliado: CC 14998630 EVELIO LEON OCHOA Ver detalle

Vinculaciones para : CC 14998630

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	1999-06-29	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1999-08-01	

Un item encontrado.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 14998630

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1999-06-29	1999-07-07	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.
1

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

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es 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 <u>quedará sin efecto</u> 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, *"p<u>odrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen</u>."* 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 2º del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que ***"<u>La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador</u>**, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria".*

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda 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 surtirse 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 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 parágrafo 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, Titulo 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*

---

[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".*

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 perjudicarle.*
- *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 el hoy demandante, le suministrara una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, la AFP PORVENIR S.A. no demostró 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, el demandante desconoció la incidencia de tal decisión

frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se agudiza por el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

Surge de lo dicho que ninguna prueba se aporta al expediente respecto a la entrega de una información con las características requeridas, pese a estar radicada en cabeza de las AFP´s la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del C.C. Y, en suma, no se efectuó un real estudio de las posibles ventajas o desventajas frente al traslado al momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- del cambio de régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado (porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito).

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la 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, cuarto y quinto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho-** que el 01 de agosto de 1999, realizó **EVELIO LEÓN OCHOA** 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 del demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros[2], historia laboral actualizada y sin

[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*

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. Todo con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, que se viabiliza por el estudio en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C)[3].

En cuanto, al traslado indexado de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante, es menester manifestar que, habiéndose optado por devolución con rendimientos, no es viable la acumulación de la condena por indexación. Además, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993 prevé que el RAIS "(…) *está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros",* y debía garantizar una rentabilidad mínima. Tal es, la dinámica económica prevalente en el Sistema de Seguridad Social para conservación de los recursos.

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

---

que hubiere incurrido, los cuales <u>serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio</u>, 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 (…)".

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado "en sentido estricto o de pleno derecho", determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES (el otrora ISS) pueda mantener la relación jurídica primigenia de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, 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 Corporación[4], 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".

[4] No. radicación 11001032500020080007000 (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.

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

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

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

III. **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.,** dentro del término antes señalado**,** a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

IV. **IMPONER** a **COLPENSIONES,** una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., apelantes infructuosos, 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 las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente 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

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: **111ee975f3df4bc51688cf51035893e31ee341b1f8ccced2e3421025a1c7c943**
Documento generado en 23/06/2022 09:37:22 PM

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