

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **HAROLD ÁLVAREZ CORTES**
VS. **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**
Litis: **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**
RADICACIÓN: **760013105 004 2021 00209 01**

Hoy treinta (30) de septiembre de 2022, surtido el trámite previsto en 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**, resuelve las **APELACIONES** de **PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES**, así como la **CONSULTA** respecto de la sentencia dictada por el CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **HAROLD ÁLVAREZ CORTES** contra **PORVENIR S.A., y COLPENSIONES**, siendo integrado en el litisconsorcio necesario el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, con radicación No. **760013105 004 2021 00209 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 17 de junio de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 40**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996 y el Acuerdo PCSJA22-11930 del 25 de febrero de 2022, en ambiente preferente virtual.

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

SENTENCIA NÚMERO 302

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de la nulidad del traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como trasladar a Colpensiones los aportes, bonos pensionales, rendimientos y las semanas cotizadas en dicha entidad.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderada judicial, que nació el 26 de noviembre de 1954, iniciando sus cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales el día 03 de septiembre de 1980, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el agosto de 1999, ello sin recibir información por escrito sobre las ventajas y desventajas que podría darse al efectuarse el traslado de régimen teniendo en cuenta que éstas no son iguales para todos los afiliados, pues para unos podría ser más ventajoso estar en el Fondo Privado en este caso PORVENIR S.A. y a otros no.

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

Por auto interlocutorio 539 del 7 de marzo de 2022, dispuso el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, la vinculación como litisconsorte necesario al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, quien al dar respuesta a la acción, indicó que únicamente responde por la Liquidación, Emisión, Expedición, Redención, Pago o Anulación de Bonos Pensionales o Cupones de Bonos Pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto realicen las Administradoras del Sistema General de Pensiones, lo que de entrada nos lleva a concluir que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no está facultada legalmente para pronunciarse respecto de la “eventual” NULIDAD de la vinculación del demandante al RAIS. Indicó que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado del demandante del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) y, por consiguiente, desconoce la asesoría que la entonces AFP PORVENIR S.A. pudo haberle brindado al señor HAROLD ÁLVAREZ CORTES con el fin de convencerlo de realizar el traslado que se concretó el 26 de agosto de 1999. Lo anterior, dado que la afiliación y/o traslado de las personas entre los regímenes pensionales creados por la ley 100/93 lo determinan por mandato legal las administradoras del Sistema General de Pensiones, sin que la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenga injerencia alguna en la decisión que al respecto adopte el interesado en pertenecer o bien al Régimen de Prima Media o en su defecto, al RAIS.

Señaló que en el Bono Pensional tipo A modalidad 2 al que tiene derecho el señor HAROLD ÁLVAREZ CORTES, de acuerdo con la liquidación provisional del Bono Pensional generada en el sistema interactivo por la AFP PORVENIR el día 23 de Abril de 2019, concurre como emisor la NACIÓN y adicionalmente, participan como contribuyentes la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES” y el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, cada uno con su respectivo cupón. La fecha de redención normal del Bono Pensional tuvo lugar el día 26 de Noviembre de 2016, fecha en la cual el demandante alcanzó los 62 años de edad de que trata el literal a) del artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, hoy recopilado en el Decreto 1833 de 2016 compilatorio de las normas del Sistema General de Pensiones, La AFP PORVENIR solicitó el día 25 de Abril de 2019 la Emisión y Redención (pago) del Bono Pensional en su calidad de representante del señor HAROLD ÁLVAREZ CORTES. Lo anterior, para que el afiliado en mención pudiese acceder a la pensión de vejez de que trata el artículo 64 de la ley 100 de 1993. Concluyó que la solicitud de la AFP PORVENIR, el Bono Pensional (cupón principal a cargo de la Nación y cuota parte COLPENSIONES) del señor HAROLD ÁLVAREZ CORTES fue emitido y redimido (pagado) por medio de la Resolución No. 20605 de fecha 19 de septiembre de 2019, sin que actualmente esta oficina tenga obligación alguna pendiente por atender en relación con el bono pensional del ahora demandante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, **declarando la ineficacia del traslado** del régimen de prima media con prestación definida (RPM) administrado por Porvenir S.A. y al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado del señor HAROLD ÁLVAREZ CORTES al régimen de prima media con prestación definida administrada por dicha entidad. Condenó a PORVENIR S.A, trasladar la totalidad de lo ahorrado por el demandante señor HAROLD ÁLVAREZ CORTES, en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, comisiones, gastos de administración, prima de seguros provisionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Todo ello debidamente ingresado y a cargo de su propio patrimonio.

Ordenó que PORVENIR S.A. restituir a favor de la NACIÓN MINISTERIO HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, los valores que, por concepto de bono pensional, fueron remitidos redimidos y pagados por esta última entidad. Valores debidamente indexados.

APELACIONES

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** apeló la sentencia oponiéndose a la declaratoria de ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual, toda vez que se evidencia que persigue un interés económico, pues por más de 20 años permaneció en el régimen de ahorro individual y podría tener una mesada pensional inferior a la que llegaría a recibir en el régimen de prima media.

Advirtió que la declaratoria de ineficacia de traslado, afecta la sostenibilidad financiera del régimen de prima media administrado por Colpensiones, a quien se le está imponiendo la reparación de un daño que no causó y que es

producto de la decisión de unos afiliados que no se interesaron en retorna a dicho régimen sino hasta que visualiza un perjuicio económico.

Consideró que la sentencia proferida desconoce los postulados de Corte Constitucional. Advirtió que cuando el demandante solicitó ante Colpensiones el retorno al régimen de prima media, ya se encontraba inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2º de la ley 797 de 2003.

Indicó que sería Colpensiones quien repararía el supuesto daño, y la legislación ha establecido que solo se obliga a indemnizar aquel daño a la persona que lo causó.

Se opuso a la condena en costas procesales, teniendo en cuenta que si bien se opuso a las pretensiones de la demanda, lo cierto es que no participó de la afiliación del demandante, por lo tanto al momento de negar el traslado solicitado, Colpensiones lo hizo bajo los efectos de la ley que se rigue prima media. Consideró que Colpensiones es un tercero que resultó afectado por un acto jurídico del que no participo

Por su parte la apoderada de **PORVENIR S.A.** sustentó la alzada argumentando que la entidad dio cabal cumplimiento al deber de información como estaba previsto al momento en que se efectuó la vinculación del demandante, razón por la que se opuso al argumento del Juez cuando expuso que no se allegó con la contestación de la demanda soporte de la asesoría brindada, llegando a la conclusión que no se cumplió con el deber de información, sin tener en cuenta que para esa época no le resultaba exigible a PORVENIR S.A. dejar constancias diferentes al formulario de afiliación y a la asesoría brindada, constancia que quedó dentro de dicho documento, prueba que resulta ser idónea para acreditar que la determinación de los demandantes de afiliarse en el régimen de ahorro individual, el que se dio de manera libre y voluntaria. Señaló que para la época del traslado no estaba en cabeza de Porvenir S.A. otras obligaciones como la de proporcionar el reglamento de funcionamiento. Indicó que el deber de información es de doble vía, no podía eximirse a los afiliados del deber que les asistía de concurrir al acto de

afiliación con información o preguntarle a los asesores, además de leer el documento que iba a firmar, o en general realizar cualquier gestión en procura de averiguar de su situación pensional.

Indicó que no podía pasarse por alto, que el demandante efectuó diversos traslados horizontales entre AFP's del mismo régimen pensional, y éstos se constituyeron en actos de relacionamiento, conociendo las características del sistema, aunado a que constituyen una verdadera manifestación la firma del formulario de afiliación. Consideró que el despacho debió hacer una valoración más completa conforme a los medios probatorios con los que se contaban y que éstos actos efectuados por el demandante no se demostraron, se beneficiaron de las ventajas que ofrece el régimen, como la generación de los rendimientos en su cuenta de ahorro individual, la posibilidad de pensionare de manera anticipada, circunstancias que debieron llevar al despacho a utilizar dichas situaciones como indicios probatorios para demostrar cual era la verdadera intención de los demandantes y que dicha intención se mantuvo por largo trayecto. Dijo que con los actos de relacionamiento el demandante aceptó las condiciones del régimen pensional al que pertenecía.

Advirtió que no acreditó ninguna de las causales de los artículo 1501 y 1502 del Código Civil, siendo una persona completamente capaz y al suscribir el formulario de afiliación no le subsistieron ninguno de los vicios del consentimiento, error de hecho o de derecho que de alguna manera invalidara la decisión que libremente tomó.

Se opuso a la orden de devolución de los aportes y rendimientos, pues como quiera se entiende que producto de la ineficacia del demandante, este nunca estuvo afiliado al régimen de ahorro individual permaneciendo siempre en el régimen de prima media, debe declararse que nunca estuvo afiliado al régimen de ahorro individual, pero en aquel régimen hubiese efectuado sus aportes en una cuenta común y no había gozado de la administración de Porvenir que le permitió generar rendimientos, por lo que no hay lugar a retornar conceptos que son inexistentes.

Indicó que no hay lugar a devolver los gastos de administración, pues la afiliación que realizó el actor fue complemente valida, sino a que además no es acorde la condena con los articulo 1746 y 1747 del código civil, en relación a las restituciones mutuas entro de un acto declarado nulo.

Respecto de la orden de devolución de las primas de los seguros previsionales, consideró la improcedencia de dicha condena, como quiera que durante el tiempo en que el demandante ha estado vinculado ha tenido cubierta la contingencia de invalidez y muerte, las que no se han presentado. Consideró que tampoco resultaba procedente efectuar la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues en el régimen de ahorro individual ese es el componente de solidaridad, sumas que no se encuentran en el patrimonio actual de Porvenir SA., motivo por el que resulta improcedente ordenar su devolución.

Se opuso a la orden de indexación de los conceptos antes mencionados, y los bonos pensionales, pues se está presentando un doble cobro dado que ambos concepto tienen la misma finalidad, pues con los rendimientos se compensa la pérdida del valor adquisitivo por le paso del tiempo

Finamente, insistió en la prescripción de la acción.

CONSULTA

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 15 de julio de 2022, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la ley 2213 de 2022.

Dentro del término, el apoderado de Colpensiones, a través de memorial allegado al correo electrónico de la Secretaria 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 la demandada PORVENIR S.A., y la integrada en el litisconsorcio necesario, guardaron silencio.

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 **HAROLD ÁLVAREZ CORTES** nació el 29 de noviembre de 1954, estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 3 de septiembre de 1980, hasta la fecha de su traslado al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP **PORVENIR S.A.**, el 1º de octubre de 1999, tal como se registra en la solicitud de afiliación, y los certificados emitidos por PORVENIR S.A. y ASOFODNDOS.

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 la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide el demandante se declare nula, al considerar que la AFP PORVENIR S.A. Lo asesoró errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso, no cumplió con su deber de ofrecer a su afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y eficiente, respecto de las reales circunstancias de favorabilidad y/o desventajas que implicaba el traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), causándole un grave perjuicio en lo que respecta al valor de su futura mesada pensional.

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 ibídem 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 (...)”.*

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

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”.

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 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, modificadorio 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 tal 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, las 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 las AFP **PORVENIR S.A.**, no realizaron una proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS.

En este sentido, no se prueba con la documental, la asesoría completa que aducen las demandadas, por tanto, 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 fortalece en el hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas.

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

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la afiliada sobre la diligencia y cuidado para inscribirse en una AFP u otra, desconociendo el carácter de usuaria del servicio público de seguridad social que amerita tuición y respaldo, antes que hacerla partícipe de los atractivos que el mercado financiero dice ofrecer.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa modificación de los resolutivos tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que el 1º de octubre de 1999**, realizó HAROLD ÁLVAREZ CORTES 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 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, diferente a la indexación de que se duele la apelante, y que se revoca 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

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 (...).
M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

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 deberá subsanar y **PORVENIR S.A.**, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

En cuanto, al traslado indexado de todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la 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.

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 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

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.

su declaración judicial no pueda estar sometida a término de prescripción alguno, pues además, ello atentaría contra el principio de irrenunciabilidad al derecho a la seguridad social y la fundamentalidad de este derecho. Así se expuso también, en sentencia SL 361-2019 (Sala de Descongestión Laboral, M.P. Jorge Prada Sánchez, que reiteró la SL8544-2016).

Frente el argumento expuesto por la apoderada de COLPENSIONES al sustentar la alzada respecto de la condena en costa, 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 unas de las partes vencidas en juicio, habrá de confirmarse la sentencia apelada y consultada, en el sentido de imponer costas a dicha entidad. Ello porque debe tenerse en cuenta que el deber de información no sólo le atañe a la administradora pensional receptora del usuario, sino también de la cual se produce su retiro.

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

I. ORDENAR al Fondo de Pension **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 HAROLD ÁLVAREZ CORTES, 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 a la demandante, si fuere el caso.

II. 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 de la demandante **HAROLD ÁLVAREZ CORTES**, 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 **HAROLD ÁLVAREZ CORTES**

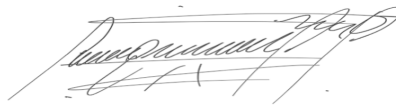
SEGUNDO: SE CONFIRMA en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, apelantes infructuosos y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000, a cargo de cada una. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

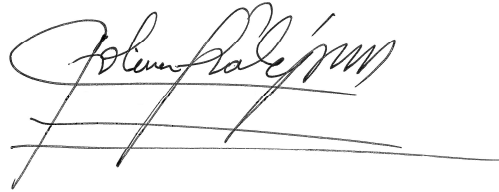
CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página *web* de la Rama Judicial en el *link* de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

QUINTO: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

**-Firma Electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

20

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: **a0efdc30a22c891d6983824227f338ed4ac570a85f68ac351d96e66232daa8cd**

Documento generado en 30/09/2022 05:17:05 AM

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