

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PÉREZ
VS. PORVENIR S.A., COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 012 2022 00822 01

Hoy nueve (09) de junio de 2023, surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio 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 la **APELACIÓN** presentada por el apoderado del DEMANDANTE, de la sentencia dictada por el JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PÉREZ** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 012 2022 00822 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 19 de mayo de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 32** tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996.

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 173

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia de afiliación** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIRS.A.; se ordene su afiliación al régimen de prima media con prestación definida con los aportes de la cuenta de ahorro individual y

los rendimientos debidamente indexados; se ordene a PORVENIR S.A. pagar perjuicios morales; costas y agencias en derecho (arch.03 fls.5).

PRIMERO: Se declare la ineficacia de afiliación del señor ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PEREZ, que hizo en el régimen de ahorro individual en pensión en LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, que se ordene afiliar al demandante al Régimen de Prima Media, con sus correspondientes aportes de su cuenta individual y sus rendimientos debidamente indexados a COLPENSIONES.

TERCERO: Se ordene reconocer y pagar PORVENIR S.A. perjuicios morales por la falta de información al momento de su afiliación.

CUARTO: Ordenar a las demandadas dar cumplimiento de la sentencia en 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO: Condenar en costas a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES.

El demandante sustentó sus pretensiones en que: nació el 28 de febrero de 1963; se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad en febrero de 2008, donde cotiza hasta la fecha; radicó formulario de solicitud de traslado de régimen pensional el 31 de agosto de 2022 ante COLPENSIONES; dicha entidad negó el traslado porque éste se encontraba a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión; solicitó a PORVENIR S.A., el 13 de septiembre de 2022, la constancia de la información brindada al momento de la vinculación a dicho fondo, simulación pensional, traslado al régimen de prima media y reconocimiento de perjuicios morales; PORVENIR S.A. negó el traslado y los perjuicios morales y, generó simulación pensional en la que con base a proyección de cotizaciones hasta la edad de 65 años, el demandante no alcanzaría a ser acreedor de la pensión de vejez.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, tras considerar que la afiliación se hizo con el lleno de los requisitos legales y la vinculación inicial al régimen de ahorro individual con solidaridad fue libre y espontánea.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.03 fls.1-18, arch.02 fls.1-86), la subsanación de la misma (arch.07 fls.1-4), la contestación de PORVENIR S.A. (arch.13 fls.1-29, 30-144), así como la contestación de COLPENSIONES (arch.14 fls.1-25, 26-53) 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 DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por pasiva; absolvió a las demandadas de todas las pretensiones; no condenó en costas (arch.25 fl.2) (24Audiencia min 42:55 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción denominada **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** en favor de **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** y **PORVENIR** de todas las pretensiones que en su contra formuló el señor **ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PÉREZ.**

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

CUARTO: REMITIR el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora si no se formula recurso de apelación.

La A quo absolvió a las demandadas tras considerar que, debido a que el demandante inició sus cotizaciones a la edad de 45 años y para la fecha de la presentación de la demanda no hay claridad de que éste se logre pensionar en ninguno de los dos regímenes, puesto que si hay continuidad en las cotizaciones el derecho pensional se acreditaría para el año 2033 cuando logre acreditar en el RPM un mínimo de 1300 semanas cotizadas; en el hipotético caso de que éste cesara sus cotizaciones, en el régimen de ahorro individual tendría la garantía de pensión mínima a las 1150 semanas; con respecto a los perjuicios morales, no encontró la instancia un antecedente clínico que permita establecer la condición médica del demandante antes de su afiliación al régimen de ahorro individual y si dicha afiliación fue la causa de su padecimiento siquiátrico (24Audiencia min 42:55 y ss).

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado del **DEMANDANTE** la apeló y argumentó en síntesis que: la decisión vulnera la libre y voluntaria selección del régimen y no es suficiente un documento preimpreso para decir que dicha elección se dio de esa manera; en el asunto no se trata de si el actor va a alcanzar la pensión a los 60, 70 u 80 años, sino de la vulneración de su derecho a elegir el régimen; las sentencias SL1688 y 3464 de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, rememoradas por la A quo, versan sobre personas pensionadas de los fondos privados, en los hubo solo

afiliación y no traslado; no hubo una adecuada valoración de las pruebas documentales y corresponde a la demandada derruir los argumentos frente a la condición clínica del demandante; en el interrogatorio de parte solo se tuvo en cuenta lo desfavorable al demandante y no aquello que le resulte favorable; el demandante tiene problemas familiares con su esposa debido a la incertidumbre de su situación pensional y por ello se le ha causado el daño moral que reclama; la afectación mental del demandante es debido a la situación de su afiliación pensional. Por lo anterior, solicita al Tribunal que se revoque la sentencia apelada (24Audiencia min 43:35 y ss).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de mayo de 2023, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de junio de 2022.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. alegó de conclusión, se ratificó en en los argumentos que sirvieron de sustento en la contestación de la demanda, solicitó al Tribunal que se confirme la sentencia de primera instancia.

El apoderado judicial del DEMANDANTE, en sus alegatos de conclusión, ratificó los argumentos de la apelación, allegó su historia clínica y recalcó los perjuicios psicológicos que le ha causado la condición de su afiliación pensional; solicitó al Tribunal que se revoque la sentencia de primera instancia.

El apoderado judicial de COLPENSIONES guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que, de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*.

De cara a lo que es objeto de debate, materia de apelación, 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? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PÉREZ nació el 28 de febrero de 1963 (arch.02 fl.4), nunca estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida (arch.14 fl.48), se afilió inicialmente al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el 25 de enero de 2008, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.13 fl. 64).

| Vinculaciones para : CE 351503 | | | | | | | |
|--------------------------------|--------------------|------------------|-------------|------------|------------------------------------|-----------------------------|--------------------------|
| Tipo de vinculación | Fecha de solicitud | Fecha de proceso | AFP destino | AFP origen | AFP origen antes de reconstrucción | Fecha inicio de efectividad | Fecha fin de efectividad |
| Vinculación inicial | 2008-01-24 | 2008/02/06 | PORVENIR | | | 2008-01-25 | |

Así mismo, de la documental allegada se extrae que el demandante no estuvo afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, previo a su vinculación inicial al régimen de ahorro individual con solidaridad.



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 diciembre/2022
ACTUALIZADO A: 02 diciembre 2022

INFORMACIÓN DEL AFILIADO

Tipo de Documento: Cédula de Extranjería
Número de Documento: 351503
Nombre:
Dirección:
Estado Afiliación:

Fecha de Nacimiento:
Fecha Afiliación:
Correo Electrónico:
Ubicación:

SIN REGISTRO HISTÓRICO

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., en la 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 informó 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 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 (...)***”. (Las subrayas fuera de texto)

De modo similar, el artículo 3° del decreto 692 de 1994, (compilado por el Decreto 1833 de 2016) que reglamentó en forma parcial la ley 100 de 1993, señala que a partir del 1° de abril de 1994, los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, “*podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.*” Esto es el Régimen solidario de prima media con prestación definida y el Régimen de ahorro individual con solidaridad. Y el inciso 2° del artículo 2° del Decreto 1642 de 1995, que reglamentó la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que “*La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria.*”

Resulta importante destacar de dichas normas, que cuando el afiliado se afilie 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 la afiliación 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 2929 y 1055 de 2022, SL-5280, 4803, 5292, 5686, 4334, 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). Sin que ninguna de las referencias de sentencias citadas por el apelante, sean identificables y tampoco la *ratio decidendi* que esgrime ha planteado la Sala de Casación Laboral.

Las decisiones de los años 2019-2022 resaltan las subreglas jurisprudenciales existentes en esta materia, clarificando que “*el deber de información a cargo de las AFP es un deber exigible desde su creación*”, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información necesaria y transparente por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la

Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numera 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica).

Esto es *“no se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público”*. De ahí que no se pueda hacer referencia al principio de conservación de un contrato cosificando al ser humano y sus necesidades ante las contingencias que salvaguardan los derechos sociales.

Lo cual implica, en síntesis, para la Corte:

- *“Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*.
- *Un “análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.*
- *El derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

Se pasó de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría y la necesidad de evaluar judicialmente el cumplimiento de tan complejo deber, de acuerdo con el momento histórico.

Dijo la Sala de Casación Laboral (SL-19447-2017) *“(…) es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe (…)”* lo cual impacta en la carga de la prueba que le incumbe a quien debió emplear diligencia y cuidado (artículo 1604 C.C.), para concluir la Corte en dicha sentencia y en la citada del año 2010 *“(…) existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información*

brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional” y que la ineficacia no puede supeditarse a que “el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse” (SL-1452-2019).

En el año 2020 a través de fallos de tutela la Sala de Casación Laboral en sentencia STL3202-2020 (18-03-2020, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclara voto Luis Benedicto Herrera Díaz y salva voto Jorge Luis Quiroz Alemán), explicó que para apartarse de dicho precedente *“la autoridad judicial solo puede distanciarse de la misma mediante un proceso expreso de contra-argumentación que explique las razones del disenso bien por: i) ausencia de identidad fáctica, que impide aplicar el precedente al caso concreto, ii) cambios normativos, iii) transformaciones sociales que obligan a dar una nueva mirada a determinada cuestión, o iv) divergencias hermenéuticas fundadas en la prevalencia de mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales. Así, la posibilidad de separarse del precedente emanado de las corporaciones judiciales de cierre de las respectivas jurisdicciones supone, en primer término, un deber de reconocimiento del mismo y, adicionalmente de explicitación de las razones de su desconsideración en el caso que se juzga (C-621-2015)”*, situación ratificada en fallos STL11868-2021 y STL11430-2021.

Y la Sala de Casación Penal de la C.S.J. también emitió sentencias STP17447 de 2019 (M.P. Eyder Patiño Cabrera) y STP12082-2019 amparó el derecho al debido proceso por violación al precedente de la Sala Laboral.

En el caso particular, conforme lo señala la jurisprudencia en cita, era necesario e imprescindible que, la AFP PORVENIR S.A. al momento de realizar la vinculación con el hoy demandante, le suministraran una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría el RAIS 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 aducen las demandadas, 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 momento del acto de vinculación, omisión con la cual se genera la ineficacia –en sentido estricto o de pleno derecho- de la afiliación al RAIS 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, será revocada la sentencia absolutoria y, en su lugar, habrá de indicarse que resulta **ineficaz la afiliación -en sentido estricto o de pleno derecho-** que el 25 de enero de 2008, realizó ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PÉREZ 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 financieros¹, 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, y 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), que implica surtir la afiliación del demandante al RPM donde anhela estar.

Ahora bien, en lo que respecta a que la demandante no estuvo afiliado al régimen de prima media, previo a su vinculación al RAIS, el efecto de la declaratoria de la ineficacia de afiliación, sería retornar al estado anterior, esto es, no tener afiliación alguna al sistema de seguridad social; no obstante, prevalece lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 100 de 1993, en cuanto a la obligatoriedad de cotizar al sistema general de pensiones durante la vigencia de la relación laboral, y al ser ineficaz la afiliación al RAIS, es el régimen de prima media con prestación definida la única alternativa vigente a este último, por lo anterior, procede entonces, la afiliación a dicho régimen administrado por COLPENSIONES.

¹ 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...”*

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia de la afiliación “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 pueda asumir la relación jurídica de afiliación del demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, las que deberá subsanar la AFP PORVENIR S.A., con la entrega 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 la afiliación 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 Corporación², 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

² 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 lo que refiere a la posibilidad de que el demandante logre acreditar los requisitos mínimos para alcanzar la pensión de vejez, si bien es cierto, las proyecciones consideradas por la *A quo*, dan cuenta de la lejanía de esa data, que la sitúan en mayo de 2033, cuando el actor, sin cesación de cotizaciones, acumule un mínimo de 1300 semanas que exige en la actualidad el régimen de prima media con prestación definida, tal escenario no resulta imposible de materializar.

En lo que concierne a la prestación de vejez, los regímenes pensionales se componen de las siguientes características:

| | | |
|--|--|--|
| | Prima media con prestación definida | Ahorro individual con solidaridad |
|--|--|--|

| | | |
|---|---|---|
| Requisitos para acceder a la pensión de vejez | (Artículo 33 Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 Ley 797 de 2003) 62 años de edad - 1300 semanas cotizadas | (Artículo 64 Ley 100 de 1993) Cualquier edad (siempre que se acredite un capital acumulado que permita una mesada superior al 110% de 1 SMMLV) |
| Si no se acreditan los requisitos | | Fondo de garantía de pensión mínima: 1150 semanas cotizadas y 62 años de edad |
| | Indemnización sustitutiva | Devolución de saldos: Capital acumulado + rendimientos |

Conforme lo anterior, ante la edad del demandante y la densidad de semanas cotizadas, 762 semanas a la fecha de la presentación de la demanda, se vislumbra que éste tendría una mayor probabilidad de alcanzar una prestación de vejez a través del RAIS, o en su defecto, optar por la alternativa que ofrece dicho régimen de acceder a la garantía de pensión mínima con solo 1150 semanas de cotización, frente a las 1300 semanas exigidas en el RPMPD.

No obstante, para la Sala resulta prevalente garantizar al demandante su derecho a la libre escogencia de régimen pensional, incluso cuando dicha elección sea la afiliación a un régimen en el cual, predominen para aquél, requisitos que le resulten particularmente menos viables de satisfacer.

En ese orden de ideas, teniendo en cuenta que se le da prosperidad a la pretensión de la declaratoria de ineficacia de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, con ello se resarce todo posible daño, sin que haya lugar a condena alguna de reconocimiento de perjuicios morales por parte de PORVENIR S.A., los que tampoco se acreditan confluente con el incumplimiento del deber de asesoría e información suficiente al surtirse la afiliación.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia No. 106 del 15 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali y, en su lugar:

- I. **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de **ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PÉREZ, y** en consecuencia, su afiliación 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, **TRANSFIERA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, 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 haberse dado la afiliación al régimen de prima media con prestación definida y no al régimen de ahorro individual con solidaridad.

- IV. **CONDENAR** a **COLPENSIONES**, a tener a **ERNESTO JOSUÉ MENDOZA PÉREZ** como su afiliado, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales; los derechos pensionales serán exigibles una vez surtido el traslado de los dineros provenientes de las AFP, como se ordenó en los resolutivos precedentes.

- V. **ABSOLVER** a **PORVENIR S.A.** de la pretensión de reconocimiento y pago de perjuicios morales, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante; las agencias en derecho deberán ser fijadas por la A quo conforme lo establecen los artículos 365 y 366 del CGP. En esta instancia, inclúyanse por agencias en derecho \$ 1'500.000, a cargo de cada una de las vencidas.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias AL647-2022 y AL4680-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y podrá consultarse en la página *web* de la Rama Judicial en el *link*: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>

CUARTO: Una vez surtida la publicación por Edicto, al día siguiente comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, con destino a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

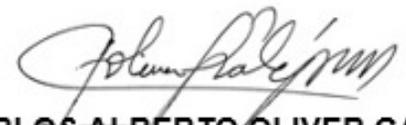
Agotados los puntos objeto de análisis, se suscribe por quienes integran la Sala de Decisión.

-Firma electrónica-

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada Ponente


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: **26bbaee3b2df07c780e6d9ba0fab6d15270e2940050145888a876cf8b9ee0635**

Documento generado en 09/06/2023 05:46:20 AM

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