República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADO PONENTE

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARMEN DALIA FERRIN CASTILLO** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES.**

EXP. 76001-31-05-002-2019-00710-01

Santiago de Cali, veintiuno (21) de octubre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, en contra de la sentencia nº. 130 de 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n°. 330

I. ANTECEDENTES

Solicitó la demandante, que se declare la ineficacia y/o la nulidad su al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y en consecuencia, se ordene el traslado de régimen al de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 16 de julio de 1960; indicó que a través del Consorcio Prosperar en el año 1997 a 1999, realizó cotizaciones en el régimen de prima media administrado por Colpensiones; luego, por engaños fue trasladada de régimen al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

Por lo anterior, en el mes de agosto de 2018, radicó ante Colpensiones solicitud de nulidad de traslado y por oficio del mismo mes y año, negó la solicitud, por cuanto el traslado se había efectuado de manera voluntaria. (Doc. 03, fls. 3 a 10)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y dijo, que no es procedente el traslado de régimen solicitado por el demandante, en razón, que la demandante realizó el traslado de régimen de forma libre y voluntaria; así mismo, indicó que la señora Ferrin Castillo nació el 16 de julio de 1960 y cuenta con 60 años de edad, es decir, que está acreditado el requisito de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Inexistencia de la Obligación y Cobro de lo No Debido; la Innominada; Buena Fe y; Prescripción*» (Doc. 07).

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda e indicó, que lo que suscribió la actora en 1994, fue una afiliación y no un traslado, es decir, que la demandante estuvo inicialmente afiliada fue con Porvenir S.A., y no con Colpensiones, y al momento de suscribir la afiliación al RAIS la demandante lo hizo de forma libre y espontánea, completamente informada, recibió asesoría de manera verbal por parte de Provenir S.A., con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios y las consecuencias que acarrearía la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Prescripción; Buena Fe; Inexistencia de la Obligación; Compensación; y la Genérica*» (Doc. 08).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en sentencia nº. 130 del 17 de junio de 2022, declaró no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A., y declaró la ineficacia de la afiliación de la señora Carmen Dalia Ferrin Castillo con la AFP Porvenir S.A., y ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida; por último, ordenó a Porvenir S.A., realizar el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la señora Ferrin Castillo. (Doc. 12)

Como argumento de su decisión, indicó la *a quo* que, de

conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, son los fondos de pensiones quienes tienen la obligación de demostrar que brindaron una información completa y clara, que permita a los afiliados decidir con todos los elementos de juicio cuál de los regímenes pensionales sería el mejor.

Para concluir, que la administradora de pensiones Porvenir S.A., no demostró que asesoró a la demandante ilustrándola de todos los componentes de la decisión de trasladarse de régimen, información que debió otorgarse desde el momento previo de la afiliación en términos que pudieran ser entendidos por esta, omisión que da lugar a declarar la ineficacia del traslado, debiendo las entidades padecer los efectos negativos de su actuar. (Doc. 11, min. 14:53 a 27:21)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES, recurrió el fallo de primera instancia, con el argumento que la actora realizó su afiliación al régimen de ahorro individual por voluntad propia, sin mostrar inconformidad con dicho fondo; razón por la cual, la demandante debió probar que la AFP incurrió en uno de los vicios causal de nulidad.

Así mismo, indicó que, en el evento de declararse la nulidad del traslado, hay lugar al reintegro de la totalidad de las cotizaciones, es decir, recursos de la cuenta individual de ahorro, porcentajes al fondo de garantía pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, primas y gasto de administración.

Por último, se opuso a las costas porque actuó de forma legal. (Doc. 11, min. 27:45 a 29:18)

El presente asunto, se estudiará igualmente en virtud del grado

jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n°. 402 del 26 de septiembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, los que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 del Cuaderno Tribunal ED, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior, se procede a resolver previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo el marco funcional atrás reseñado (art. 66ª CPTSS), el problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer i) si la demandante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida, de ser positiva la respuesta, se determinará ii) si se demostró en el plenario que la AFP Porvenir S.A., cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Claro lo anterior, no fue motivo de controversia que: *i)* la demandante nació el 16 de julio de 1960 y; *ii)* que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A.

MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Sea lo primero destacar que la Constitución Política consagra una serie de mandatos referentes a la naturaleza, cobertura y efectos de la seguridad social. En el artículo 48 la define como un servicio público de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Dispone igualmente la Carta que la seguridad social es un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes.

Así, para materializar el derecho a la *seguridad social de los* administrados, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, uno de los más vitales propósitos, entre otros, fue el de canalizar la multiplicidad de regímenes dispersos, y fue así como finalmente se crearon solo dos de carácter excluyente, el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad; mientras el primero se acoge al modelo en el cual se garantiza el pago de la pensión preestablecida siempre que se cumpla con la densidad de cotizaciones y la edad, constituyendo tales aportes un fondo común de naturaleza pública, en el de Ahorro Individual con Solidaridad se privilegia el aporte de cada afiliado y sus rendimientos financieros, los cuales se abonan a cuentas individuales, dependiendo entonces la prestación pensional del capital que se logre consolidar con las cotizaciones a lo largo del tiempo.

Entonces, cuando un trabajador dependiente o independiente se afilia por primera vez al sistema general en pensiones, debe elegir

el régimen al cual afiliarse, pero una vez afiliado, sólo se puede trasladar cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial y no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez de acuerdo con lo señalado en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

De la norma anteriormente transcrita se advierte que el traslado de régimen pensional exige dos requisitos:

1. Haber transcurrido 5 años en el régimen anterior.
2. No tener más de 47 años si es mujer o 52 años si es hombre.

No obstante, la jurisprudencia nacional ha instituido dos posibilidades para regresar al régimen de prima media luego de haberse trasladado a un fondo privado.

1. Si es beneficiario del régimen de transición pensional.
2. **Declarando la nulidad o ineficacia del traslado previo.**

Bajo este contexto, si el afiliado se encontraba en el régimen de prima media y luego se pasó al régimen de ahorro individual con solidaridad, puede regresar al primero a cualquier edad, probando que se encuentra dentro de esas posibilidades.

Entonces, revisados los hechos de la demanda la actora manifiesta que realizó cotizaciones entre los años 1997 a 1999, a través del Consorcio Prosperar para Colpensiones; no obstante, que

debido a engaños de la AFP Porvenir, se trasladó a dicho fondo. (Doc. 03, hechos 2 y 3 de la demanda).

Al respecto, Porvenir S.A., en su contestación a la demanda manifestó, que no era cierto que la señora Ferrin haya efectuado un traslado de régimen, por cuanto, lo que suscribió fue su primer afiliación al sistema general de pensiones con Porvenir S.A., situación que se dio el 24 de noviembre de 1994. (Doc. 08).

Para probar sus dichos, la parte actora allegó reporte de semanas cotizadas en Pensiones, expedido por Colpensiones, en donde se observa como fecha de afiliación 1 de octubre de 1997, no obstante, se observa que los aportes fueron devueltos al Estado, es decir, no existe aporte alguno por parte de la demandante a Colpensiones.

Ahora bien, es de indicar que el Consorcio Prosperar es una cuenta especial de la Nación, destinada a subsidiar las cotizaciones para pensiones de los grupos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los Subsistemas de Seguridad Social.

En ese sentido, dicho beneficio es para las personas que no tienen los medios económicos para cotizar al régimen contributivo, y es exclusivo del sector público.

Por su parte Porvenir S.A., aportó el formato de afiliación suscrito por la actora que data del 24 de noviembre de 1994, así mismo, certificado de Asofondos, certificación expedida por Porvenir del estado de afiliación de la demandante, historia laboral y Bono Pensional. (Doc. 08, fls. 88, 91, 92, 96 a 2018)

Los cuales corroboran que la señora Carmen Dalia nunca se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, lo que se dio, fue una afiliación y/o cotizaciones por medio del Consorcio Prosperar en el año 1997, sin que se haya materializado los aportes, por cuanto según el reporte de semanas expedido por Colpensiones, los dineros aportados por la Nación, fueron devueltos al Estado porque la actora no aportó la parte que le correspondía.

Lo que si se probó dentro del plenario, es que la señora Carmen Dalia se afilió por primera vez, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., el 24 de noviembre de 1994, lo que lleva a concluir que la presente demanda no es procedente, por no existir un traslado que se deba estudiar, pues, la actora solo ha estado afiliado una sola vez a un fondo pensional, esto es, a Porvenir S.A., y no otro, y como se estableció, solo existe dos posibilidades para declarar la nulidad de traslado y, opera cuando el afiliado estando en el régimen de prima media se traslade al de ahorro individual con solidaridad sin la asesoría pertinente y motivado por engaños, lo que a la postre el Juez deberá valorar y, si es del caso declarará la nulidad del traslado, situación que no acaeció en este caso.

Así las cosas, la Sala revocará la sentencia 130 de 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar absolverá a los fondos demandados de las pretensiones de la demanda.

Costas a cargo de la señora Carmen Dalia Ferrin Castillo, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de (1/2) smlmv.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

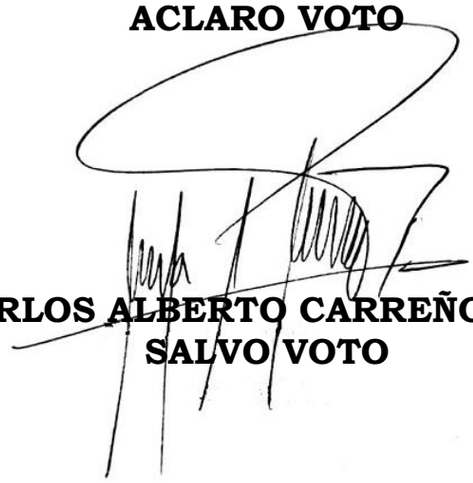
PRIMERO: REVOCAR la sentencia n°. 130 de 17 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la señora Carmen Dalia Ferrin Castillo, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de (1/2) smlmv.

Los Magistrados,

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
ACLARO VOTO



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

ACLARACION DE VOTO

Con el respeto por la decisión de la Sala, me permito aclarar el voto en el sentido de manifestar que, si bien en estos casos mi criterio estaba dirigido hacia aplicar los postulados de la ineficacia para la escogencia inicial del régimen pensional, por la omisión en el suministro de información suficiente al afiliado, no debe pasarse por alto que la Sala de Casación Laboral y su Sala de Descongestión, en recientes pronunciamientos han señalado la improcedencia de la ineficacia en estos casos. En este sentido, fundamentado en los principios del seguimiento del precedente judicial y de seguridad jurídica me apego a lo resuelto en la sentencia objeto de análisis.

En efecto, en sentencia STL 9388 de 2022 sostuvo la Corte:

> "Corolario de lo anterior, se tiene que la tutelante perdería su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, y a quien además debería restituírsele lo que la AFP recibió con ocasión a su vinculación al RAIS, y si bien en virtud del contenido del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 puede efectuar nuevamente su afiliación libre y voluntaria en Colpensiones, ello lo deberá hacer a título de afiliación inicial, situación que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez y, de manera consecuente su derecho a la seguridad social, en consideración a que en la actualidad tiene 54 años de edad y nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones.
>
> Así las cosas, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede derivar como consecuencia en el traslado de los aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones; aunado que, acceder a la pretensión de la señora Gil Savastano, es decir, ordenar su afiliación a dicha entidad, correspondería a un traslado llano y simple, que en su caso no está permitido en los términos contenidos en el art. 2° de la Ley 797 de 2003, por cuanto le faltan menos de 10 años para adquirir la edad mínima de pensión."

Asimismo, en sentencia SL1806-2022:

> "Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer, eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).
>
> Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem."

Y en sentencia SL 4211-2021 la Sala de Descongestión sostuvo:

> "No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera,

no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.

Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legitima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema.

Lo previo no implica que, si el demandante considera que se lesionó su derecho, no pueda obtener la reparación, de conformidad con el artículo 2341 del CC. Sin embargo, como en el examine el objeto de la litis se centró frente a la ineficacia de la afiliación y no se reclamó el resarcimiento de los perjuicios, la Sala esta imposibilitada para valorar de oficio la procedencia de alguna indemnización total por daños ocasionados.”

Firma digitalizada para actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

Magistrado

SALVAMENTO DE VOTO

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación:

Importa significar que la afiliación al sistema general de pensiones se da una sola vez, categoría que se consolida con la satisfacción de las diligencias propias a ese acto de vinculación, cosa que aquí no se discute, y de ello sigue tener la condición de activo o inactivo al sistema, por lo tanto, si esa es la situación, se debe afirmar que ellas resultan ajenas o diferentes a las propias e inherentes a la obligación de pagar la cotización, pues el cumplimiento o no de esta obligación tiene un efecto diferente, perturbar en su estructura el derecho por reclamar, punto en el que correspondería advertir si se dan o no los supuestos de la mora, patronal o de la entidad obligada al pago de la obligación, sin que pueda señalarse derrumbe por ese motivo del acto de la afiliación. Motivos que tienen sustento entre otras en sentencia SL099-2022 Radicación No. 88770 con ponencia del Dr. Carlos Arturo Guarín Jurado.

El magistrado,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salvo voto