

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	FRANCISCO JOSÉ JARAMILLO JIMÉNEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A.
LITISCONSORTE	MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
LLAMADO EN GARANTÍA	SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.
RADICACIÓN	76001 31 05 015 2019 00433 01
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO	APELACIÓN INEFICACIA DE TRASLADO. PENSIONADO DEL RAIS
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 070

Santiago de Cali, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Conforme lo previsto en el Art. 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 ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia 278 del 23 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

AUTO No. 580

Antes de proceder a resolver la apelación contra la sentencia 278 del 23 de noviembre de 2021, es menester resolver el recurso de apelación presentado por PORVENIR S.A., contra el auto interlocutorio 2717 del 23 de noviembre de 2021, que negó el interrogatorio de parte de la demandante.

PORVENIR S.A., al sustentar su recurso indicó que considera fundamental la realización del interrogatorio, teniendo en cuenta que al existir inversión de la carga de la prueba y estar en obligación de probar la entrega de información al afiliado, con

esta se puede corroborar la información que se proporcionó al momento de la afiliación y al momento del reconocimiento pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4964-2018, dispuso:

“Así, que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente, y de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo, y en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.”

Ahora bien, del extracto jurisprudencial se desprende que la simple manifestación de los afiliados, en este caso del señor FRANCISCO JOSÉ JARAMILLO JIMÉNEZ, no es prueba suficiente del actuar correcto y diligente de PORVENIR S.A. al momento de entregar la información que le permitiera al actor tomar una decisión informada sobre los efectos de sus actuaciones frente a la AFP demandada, y en ese sentido, el interrogatorio de parte pierde toda utilidad probatoria, por lo que se confirmará la providencia apelada.

Por lo expuesto se **RESUELVE:**

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto interlocutorio 2717 del 23 de noviembre de 2021.

SEGUNDO.- CONTINUAR con el trámite del proceso.

NOTIFÍQUESE

SENTENCIA No. 299

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, como consecuencia solicita el traslado al RPM y el reconocimiento en este régimen de la pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señala que:

- i)** Nació el 2 de enero de 1954.
- ii)** Se afilió al RPM el 22 de marzo de 1973, trasladándose al RAIS el 30 de mayo de 2002, con efectividad el 1 de julio de 2002.
- iii)** El traslado obedeció a que los asesores del RAIS le manifestaron que el ISS iba a ser liquidado.
- iv)** No se brindó por parte de los asesores del RAIS la información suficiente respecto de las consecuencias del traslado y las particularidades de cada régimen pensional, entregándole información inexacta.
- v)** Es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- vi)** PORVENIR S.A. reconoció pensión de vejez anticipada, a partir del 31 de enero de 2013.
- vii)** El 30 de julio de 2019, solicitó COLPENSIONES tuviera por ineficaz el traslado, mediante documento BZ2019-2240541 no se resuelve de fondo la solicitud.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Propuso las excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe, prescripción”*.

PORVENIR S.A.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe”*.

Presenta demanda de reconvención, pretendiendo la devolución de todos los dineros que el demandante haya recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez.

Llamó garantía a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., quien contestó la demanda y propone como excepciones de fondo las de *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, a cargo de mi representada respecto de revocar una pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia válidamente reconocida, imposibilidad jurídica y financiera de revocar pensión de vejez bajo la modalidad de renta vitalicia, afectación financiera e imposibilidad material y jurídica de revocar una pensión en caso de prosperar las pretensiones del accionante, compensación, buena fe, prescripción, hecho exclusivo de un tercero, innominada o genérica”*.

Presenta demanda de reconvención en contra del demandante, solicitando el reintegro de los valores que se hayan pagado y se paguen en adelante como mesadas pensionales de vejez, debidamente indexadas.

Mediante auto interlocutorio 1396 del 9 de octubre de 2019, se integra como litisconsorte necesario al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, quien dio contestación a la demanda, proponiendo las excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación, buena fe”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali por sentencia No. 278 del 23 de noviembre de 2021, resolvió absolver a los demandados, no acceder a las pretensiones de las demandas de reconvención.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpone recurso de apelación manifestando que el hecho que el actor este pensionado no es óbice para negar el derecho al traslado a COLPENSIONES y la recuperación de todos sus derechos pensionales, indica la apoderada que existen sentencias del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que se han apartado de la posición de la Corte Suprema de Justicia. Señala que en este proceso no se probó el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP del RAIS.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión. Dentro del plazo conferido, la parte demandante, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y el Ministerio de Hacienda, presentaron alegatos de conclusión. Los presentados por Seguros de Vida Alfa S.A. son extemporáneos.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

Por principio de consonancia, la Sala solo se referirá a los motivos de inconformidad contenidos en la apelación.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde a la Sala resolver en primer lugar, si la administradora del RAIS ha demostrado que cumplió con el deber de información al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional; también se debe estudiar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado al RAIS y el consecuente retorno al RMP con el reconocimiento de pensión de vejez en este régimen, cuando se trata de un afiliado a quien le ha sido reconocida pensión de vejez en el RAIS.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se confirmará**, por las siguientes razones:

El artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 establece 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 a su vez, 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 (...).”*

Por su parte, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen. Y el inciso 2 del Art. 2 del Decreto 1642 de 1995, 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”*

Ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, las AFP tienen el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema

pensional, correspondiendo a los jueces evaluar el cumplimiento de esta obligación; sin que sea suficiente para acreditar el cumplimiento de este deber, el simple consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, por lo que se requiere de un «*consentimiento informado*», pues se trata de que el afiliado tenga elementos de juicio que le permitan evaluar la trascendencia de la decisión que adopta, correspondiendo la carga de la prueba respecto a estos aspectos relacionados con el suministro de información a los fondos de pensiones, operando una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado demandante¹.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Ahora, en cuanto a la procedencia de la ineficacia del traslado de quienes han obtenido el reconocimiento de pensión de vejez en el RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, cambió su criterio y expuso:

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con revelar algunas situaciones:

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL19447-2017; SL 1452-2019; SL 4360-2019.

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de las opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No

obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones”.

Esta postura ha sido reiterada, entre otras, en la sentencia SL1113-2022, en la cual señaló:

“Establecido lo anterior, le corresponde a la Sala dilucidar si la situación de una persona que tiene la calidad de pensionada en el RAIS puede ser reversada como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional, de modo que pueda acceder a las prestaciones propias del RPMPD.

Pues bien, esta Sala es del criterio que dicha operación no es posible. No porque considere que podría generarse una explosión de demandas masivas que provoquen una crisis financiera en el sistema pensional, razonamiento desafortunado del Tribunal que contradice lo previsto en el párrafo del artículo 334 de la Constitución Política, según el cual ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su PORVENIR efectiva. Tampoco porque esta Corte considere que el hecho de reclamar y obtener la pensión en el RAIS dé por «superada la falta de información», pues la jurisprudencia laboral es pacífica en el criterio que la ineficacia no es susceptible de ser saneada o convalidada (CSJ 4025-2021, CSJ SL4062-2021, CSJ SL 4064-2021 y CSJ SL5188-2021).

En realidad, el argumento central de esta Sala guarda más relación con la consecuencia práctica o, si se quiere, la imposibilidad de darle efectos a la declaratoria de ineficacia. Lo anterior puesto que, a criterio de esta Corporación, no es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), teniendo en cuenta que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar «a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto» (CSJ SL373-2021).

(...)

Lo anterior no significa que la eventual conculcación a los derechos pensionales de los ciudadanos quede sin mecanismos de reparación. En efecto, esta Corporación ha dicho que los afectados pueden demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones que incumplió su deber de información, a fin de que se ordene el pago «de la diferencia entre la prestación reconocida en el RAIS y aquella que hubiese tenido en el RPMPD. Esto es, imponer el pago de una renta periódica en los mismos términos en que lo habría hecho el régimen de prima media con prestación definida, tanto para el pensionado como para sus potenciales beneficiarios, ordenando compensar o restituir todo aquello a lo que haya lugar (CSJ SL3535-2021)”.

Si bien Sala en anteriores pronunciamientos se había apartado de la nueva postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia antes referida; haciendo un nuevo estudio del precedente jurisprudencial que hasta el momento se ha expuesto, entre otras en las sentencias SL1113-2022, SL1564-2023, SL1609-2023, SL1826-2023, SL1674-2023, SL 1803-2023, considera necesario modificar su criterio y acoger el precedente vertical establecido desde la sentencia SL 373-2021, el cual se ha mantenido invariable.

Caso concreto

Se encuentra probado que: i) El demandante se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES, el 8 de enero de 1985 (pdf 01ExpedienteElectronico -fl50, cuaderno juzgado); ii) Se trasladó al RAIS con PORVENIR S.A. el 30 de mayo de 2002 (pdf 01ExpedienteElectronico -fl42, 149, 182 y 206-, cuaderno juzgado); iii) le fue reconocida pensión anticipada en el RAIS a partir del 31 de enero de 2013 (pdf 01ExpedienteElectronico -fl64, 151 y 207-, cuaderno juzgado).

Lo pretendido por la demandante es obtener la declaratoria de ineficacia del traslado y como consecuencia de ello, su retorno al RPM con el reconocimiento de pensión de vejez en este régimen. Además, en el recurso de apelación, se dice que la administradora del RAIS no cumplió con el deber de información respecto de las consecuencias del traslado.

En cuanto al deber de información, considera la Sala era necesario que PORVENIR S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, suministrara al afiliado información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones del traslado de régimen y sus posibles consecuencias, situación que no aconteció, siendo la única prueba que reposa en el expediente el formulario de "*solicitud de vinculación o traslado*" (pdf 01ExpedienteElectronico -fl 150- cuaderno juzgado), la que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a la constancia preimpresa y genérica referente a la escogencia del régimen de ahorro individual "*en forma libre, espontánea y sin presiones*".

Así, no se demuestra que PORVENIR S.A. haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que representaba el acto jurídico de incorporación al RAIS; no se realizó ninguna proyección sobre la posible suma a la

que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el RPM, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS, ni se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes, y demás condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales, tampoco sobre beneficios y desventajas, con lo cual se concluye que no ha cumplido con la carga probatoria que les incumbe.

Sin embargo, como se puede observar con las prueba allegas al plenario, el actor tiene de la calidad de pensionado del RAIS, por lo que aplicando el criterio jurisprudencial sobre el tema, se considera que no es posible retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de traslado de régimen pensional, al ser el estatus de pensionado una situación jurídica consolidada que no se puede revertir.

Por consiguiente, no es posible acceder a las pretensiones de declaración de ineficacia y reconocimiento de pensión en el RPM, por lo que habrá de confirmarse la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas.

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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia No. 278 del 23 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas. Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (1 smlmv). Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

TERCERO.- NOTIFÍQUESE esta decisión por EDICTO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica



ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA



GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 006 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: **a4f2a99364be1f312bf75b60032e160d59fcb63fe3a0e74a8f112d9f0618b875**

Documento generado en 28/09/2023 06:14:52 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>