

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE ENRIQUE ÁNGEL HERNÁNDEZ ÁLVAREZ
VS. PORVENIR S.A., COLPENSIONES
RADICACIÓN: 760013105 011 2022 00366 01

Hoy veintiséis (26) de mayo 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 la apoderada de COLPENSIONES, así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **ENRIQUE ÁNGEL HERNÁNDEZ ÁLVAREZ** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 011 2022 00366 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 05 de mayo de 2023, celebrada, como consta en el **Acta No. 28** 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 163

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión del demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **ineficacia del traslado** de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.; se ordene a ésta última colocar a disposición de COLPENSIONES todos los valores tales como cotizaciones, bonos pensionales y

cantidades adicionales con sus frutos, intereses o rendimientos; se condene a COLPENSIONES a recibir el traslado; costas y agencias en derecho (arch.02 fls.1).

DECLARATIVAS

1. Declarar la ineficacia del traslado de mi representado del régimen de prima media con prestación definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

CONDENATORIAS.

1. Ordenar a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a colocar a disposición de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–** todos los valores que reposan en su poder a título de cotizaciones, bonos pensionales y las cantidades adicionales con sus frutos, intereses o rendimientos.
2. Condenar a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–**, a recibir las cotizaciones realizadas por mi poderdante en el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, todos los valores que reposan en su poder a título de cotizaciones, bonos pensionales y las cantidades adicionales con sus frutos, intereses o rendimientos.
3. Condenar a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a todas aquellas pretensiones ultra y extra petita que el Despacho considere pertinentes.
4. Condenar a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al pago de las costas, expensa, agencias en derecho y todo gasto procesal que se genere en el litigio.

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 el traslado fue libre y espontáneo. COLPENSIONES adujo como ciertos los hechos referentes a: las cotizaciones del demandante al ISS hoy COLPENSIONES desde noviembre de 1985 hasta julio de 1995; el traslado de éste a PORVENIR S.A. en agosto de 1995; la solicitud de afiliación al régimen de prima media elevada a COLPENSIONES en septiembre de 2022 y la negativa de la entidad. De los demás hechos atinentes a: la ausencia de información al momento del traslado y la falta de proyección pensional por parte de PORVENIR S.A., señaló que no le constan por ser ajenos a la entidad y deberán ser acreditados por el demandante. Como excepciones formuló: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción y buena fe.

Los demás antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.02 fls.1-10, arch.03 fls.1-41), la contestación de COLPENSIONES (arch.09 fls.1-13, 14-219), así como la contestación de PORVENIR S.A. (arch.11 fls.1-23, 24-128) 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 ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, no se pronunció respecto de las excepciones, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES los valores tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y aportes voluntarios si los hubiere, los gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a su patrimonio, con los rendimientos que hubieren generado y sumas debidamente indexadas; ordenó a COLPENSIONES a recibir las sumas trasladadas; costas y agencias en derecho (arch.20 fls.13-15) (19Audiencia min1:33:05 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, señor ENRIQUE ÁNGEL HERNÁNDEZ

ÁLVAREZ, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en consecuencia, generar el regreso automático al RPMPD administrado por COLPENSIONES, de conformidad con lo considerado en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP 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 hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso; igualmente devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el período en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciba las sumas provenientes de la AFP PORVENIR S.A. para mantener su estabilidad financiera y para costear la prestación económica que como Administradora del Régimen de Prima Media debe asumir en favor de la demandante, cuando haya lugar a ella.

CUARTO: CONDENAR en costas a cada una de las demandadas y en favor del demandante, conforme el Art. 365 del C. General del Proceso en concordancia con el Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se fijan como agencias en derecho la suma de 1 S.M.L.M.V. a cargo de cada una de las demandadas y en favor del demandante.

QUINTO: Conforme el artículo 69 del C.P.T. y S.S., si no fuere apelada la presente providencia, se dispondrá el envío del expediente a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA, en favor de COLPENSIONES.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de **PORVENIR S.A.** la apeló y argumentó en síntesis que: la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia ha indicado que debe aplicarse la norma vigente para la época en que se produjo el traslado de régimen; al deber de información a cargo de las AFPs se le ha dado un alcance que no corresponde con la norma que regía en dicho momento y en se ha aplicado retroactivamente la Ley; de forma errada se equiparan el deber de información y el deber de consejo y este último únicamente resulta exigible en los casos en los que la Ley lo establece o las partes lo han acordado; al afiliado le asiste una carga de autoinformarse, y para el momento de suscripción del formulario de afiliación éste era mayor de edad y contaba con condiciones personales y profesionales que le permitían decidir sobre su vinculación y permanencia en el RAIS, como lo ha estado durante todo ese tiempo y lo con lo cual se concluye que ha estado conforme con las condiciones de dicho régimen.

Señaló la apoderada que con esta declaratoria se descarga al afiliado de cualquier obligación y frente al derecho de información el fallo está lesionando la confianza legítima de la entidad; en caso de no revocar la decisión, con respecto al resolutivo segundo, de los conceptos indicados, resulta improcedente la devolución del bono pensional, ya que no se acredita en la cuenta individual del actor dicho concepto; los gastos de administración son para retribuir la gestión de la entidad y dicha comisión no es del afiliado porque tanto para el RPM como para el RAIS la Ley dispone de dicho porcentaje a favor de las AFP; la devolución de dicho concepto genera un enriquecimiento sin causa y el pago de lo no debido a favor de Colpensiones pues esa entidad no ejecutó en gestión alguna de los aportes pensionales; PORVENIR S.A. cumplió con generar una rentabilidad acorde con las directrices legales y de la superintendencia financiera; en la aplicación de las restituciones mutuas, pues no es procedente, ordenar a la AFP asumir el valor de una comisión de administración; con relación a la prima de seguro previsional, en caso de que hubiese habido siniestro durante la vigencia de la póliza, la compañía de seguros hubiera estado obligada a asumir el pago de la indemnización.

Indicó la apoderada que, si bien es cierto, el efecto de la declaratoria de ineficacia es restituir las cosas al estado anterior, existen excepciones como por ejemplo, cuando no se puede retrotraer lo efectuado por las partes, como es el caso del

contrato celebrado por la AFP y la aseguradora; en caso de confirmarse la sentencia, si bien no prescriben los actos jurídicos, sí prescriben las obligaciones que se emanen de ella y en ese entendido, puede ser aplicable el fenómeno de la prescripción frente a estos conceptos, el principalmente los gastos de administración; frente a la condena en costas, debería revocarse las mismas, máxime ante la posición inicial de conciliar y porque la entidad siempre ha actuado con estricta sujeción a la Ley (19 Audiencia min1:44:50 y ss).

CONSULTA

Por haber resultado la decisión anterior desfavorable a la demandada COLPENSIONES se impuso a su favor el grado jurisdiccional de consulta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 08 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.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. alegó de conclusión, se ratificó en los argumentos que sirvieron de sustento en la contestación de la demanda y solicitó que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se absuelva a la entidad.

Los apoderados judiciales del DEMANDANTE y COLPENSIONES, respectivamente, guardaron 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 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? y ¿cuáles son las consecuencias que de ello se derivan?

Dentro del plenario quedó acreditado que ENRIQUE ÁNGEL HERNÁNDEZ ÁLVAREZ nació el 18 de diciembre de 1964 (arch.03 fl.1), estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 05 de septiembre de 1983 (arch.09 fl.3) hasta la fecha de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A., el 01 de agosto de 1995, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.11 fl.74).

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 79327457

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de actividad	Fecha fin de actividad
Traslado regimen	1995-07-27	2004/04/16	HORIZONTE COLPENSIONES			1995-08-01	2013-12-31
Cesion por fusion	2014-01-01	2013/12/28	PORVENIR HORIZONTE			2014-01-01	

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la 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 a las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A., en la que dichas entidades no le suministraron 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 traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso del demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de regímenes pensionales, debe 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, las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y 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 dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras, situación que no aconteció.

En efecto, las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A. no demostraron 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 HORIZONTE hoy

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

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

Con lo anterior quedan desatendidos los argumentos de aplicación atemporal de la legislación sobre el deber de información, y acerca de la carga de la prueba que pretende atribuirse a la 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 primero, segundo y tercero de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado—en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 01 de agosto de 1995, realizó ENRIQUE ÁNGEL HERNÁNDEZ ÁLVAREZ del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y 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, revocando la indexación ordenada en primera instancia 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).

Condenas que deberán asumir las AFP demandadas HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., y PORVENIR S.A., por los respectivos periodos de afiliación, sentido en el que se adicionará la decisión de primera instancia, por cuanto, el deber de información recaía en cada momento procesal respecto de cada una de ellas, máxime que, en esta cadena de traslados, se visualizan inconsultos, por razón de la cesión o absorción entre Fondos.

Frente a este tipo de situaciones resulta imprescindible señalar que además de exigirse la vinculación procesal expresa de la aquí demandada, en ella recaen como absorbente o cesionaria de jure, todas las obligaciones del absorbido o cedente y, por ende, se responsabilizan de la demostración del cumplimiento del

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...”*

deber de información y las consecuencias de no hacerlo dentro de sus respectivos períodos de vinculación.

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

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 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”.

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.

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 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).

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

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: MODIFICAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO y TERCERO de la sentencia apelada y consultada en el sentido de:

- I. **DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por pasiva.
- II. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **ENRIQUE ÁNGEL HERNÁNDEZ ÁLVAREZ**, retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.
- III. **CONDENAR** al Fondo de Pensiones **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A.**, que dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, **DEVUELVAN** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.
- IV. **CONDENAR** a **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A.**, dentro del término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio,

con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

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

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.000 a cargo de la vencida. SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: NOTIFÍQUESE por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en el microsítio 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: **0599f36ddd3da0d85a8ebd0ad0ff32b5eff481f69ff3d179246d66e9b059c4d5**

Documento generado en 25/05/2023 11:22:50 PM

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