

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **LUZ AMPARO OROZCO AMAYA**
VS. PORVENIR S.A., COLPENSIONES
RADICACIÓN: **760013105 010 2021 00246 01**

Hoy diez (10) de febrero de dos mil veintitrés (2023), surtido el trámite previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, resuelve la **APELACIÓN** presentada por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como la **CONSULTA** de la sentencia dictada por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUZ AMPARO OROZCO AMAYA** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, con radicación No. 760013105 010 2021 00246 01, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 25 de noviembre de 2022, celebrada, como consta en el **Acta No. 75** 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 31

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN

La pretensión de la demandante en esta causa, se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad o ineficacia del traslado** al régimen de ahorro individual con solidaridad; se condene a **PORVENIR S.A.** a trasladarla al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES** y devolver a ésta última

todos los valores recibidos, tales como cotizaciones, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor de la DEMANDANTE; devolver las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo al propio patrimonio de la AFP; se ordene a COLPENSIONES a aceptar nuevamente la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida; costas y agencias en derecho (arch.03 fl.4).

DECLARATIVAS

PRIMERA: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA del traslado que la señora Luz Amparo Orozco Amaya realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por la existencia de un vicio en el consentimiento generado a raíz del incumplimiento del deber de información a cargo de las demandadas.

CONDENATORIAS

SEGUNDA: CONDENAR a Porvenir a trasladar a la señora Luz Amparo Orozco Amaya al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones.

TERCERA: CONDENAR a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Luz Amparo Orozco Amaya, como cotizaciones, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante; devolver al actor las cotizaciones voluntarias, si se hicieron, con cargo a su propio patrimonio, de acuerdo con los respectivos períodos de vinculación en Porvenir por el tiempo que el señora Luz Amparo Orozco Amaya haya estado afiliado a cada una de las AFP del RAIS

CUARTA: ORDENAR a Colpensiones ante la nulidad del traslado a aceptar nuevamente como afiliada a la señora Luz Amparo Orozco Amaya en el Régimen de Prima Media que administra.

QUINTA: CONDENAR a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se generen en el trámite del proceso.

SEXTA: Lo que usted decrete en uso de las facultades *ultra y extra petita*.

Las demandadas **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** se opusieron a las pretensiones, considerando 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: la fecha de nacimiento de la demandante; la afiliación de ésta al régimen de prima media en marzo de 1984 y su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A. en febrero de 2001; la reclamación administrativa elevada en el año 2021 y; la negativa de la entidad a dicha reclamación. Señaló que no son ciertos los hechos atinentes a: al número de semanas cotizados en el RPM;

la obligación de la entidad de brindar asesoría sobre el régimen pensional. De los demás hechos indicó que no le constan. Como excepciones formuló: el traslado del demandante obedece a su decisión libre y voluntaria y por tanto está revestida de legalidad y eficacia; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; prescripción; excepción de buena fe; imposibilidad de condena simultánea de indexación e intereses moratorios; imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; proporcionalidad y ponderación; violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema; validez de la afiliación al RAIS.

Los antecedentes del proceso relacionados con la demanda y anexos (arch.03 fls.1-26, 27-151); la contestación de PORVENIR S.A. (arch.10 fls.2-25, 26-135), así como la contestación de COLPENSIONES (arch.11 fls.2-13, 14-401); 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 DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, declaró no probadas las excepciones por pasiva; la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad y tener como única afiliación válida la que tenía con el ISS hoy COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a trasladar todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, esto es, cotizaciones obligatorias con rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, comisiones, saldos de cuentas no vinculadas, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propios recursos; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de la afiliación sin solución de continuidad ni cargas adicionales; condenó en costas y fijó agencias en derecho (arch.20 fls.7-8) (19Audiencia min1:14:00 y ss).

(...)

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por **PORVENIR** y **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora **LUZ AMPARO OROZCO AMAYA**, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **PORVENIR S.A.**, y tener como única afiliación válida la que tenía la demandante con el ISS hoy **COLPENSIONES**

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, para que una vez ejecutoriada esta sentencia, traslade a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- todos los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la señora **LUZ AMPARO OROZCO AMAYA**, esto es cotizaciones obligatorias, con los rendimientos que se hubieren causado; los bonos pensionales si los hubiere recibido, al igual que los gastos de administración, comisiones, saldos de cuentas no vinculadas, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**- acepte el traslado de la afiliación de la señora **LUZ AMPARO ACOSTA AMAYA** sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, como partes vencidas en juicio y a favor del demandante.. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a **\$1.000.000** a cargo de **PORVENIR S.A.**, por su parte se condena a **COLPENSIONES** a pagar por este concepto la suma de **\$500.000**.

SEXTO: Si no fuera apelada la presente providencia por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-**, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de **COLPENSIONES** la apeló y argumentó que: debe tenerse en cuenta el Decreto 2241 de 2010 que establece el régimen de protección del consumidor financiero y determina las obligaciones de los afiliados al Sistema General de Pensiones dentro de las que se destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión de permanecer en el régimen seleccionado y la única manera de desvirtuar esto es demostrando un vicio en el consentimiento, además la Corte Suprema en sentencia SL17595 de 2017 señaló que no todos los afiliados pueden ser considerados como inexpertos e incapaces de tomar una decisión acertada, además debe tenerse en cuenta el artículo 334 de la Constitución Nacional respecto de la sostenibilidad fiscal y la declaración de la ineficacia del traslado de régimen afecta la sostenibilidad del sistema de pensiones; solicitó que se revoque la condena en costas puesto que la entidad no tiene la potestad de decretar la nulidad por sí sola, porque la afiliación se presume legal y requiere pronunciamiento judicial para anular la afiliación (19Audiencia min1:20:40 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 19 de enero de 2023, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone la Ley 2213 de 2022.

La apoderada judicial de COLPENSIONES alegó de conclusión y ratificó los argumentos de hecho y derecho que sirvieron de sustento en la apelación; solicitó que la sentencia de primera instancia fuera revocada. El apoderado judicial del DEMANDANTE, en sus alegatos de conclusión, se ratificó en los argumentos de la demanda y solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia. El apoderado judicial de PORVENIR S.A. 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 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 LUZ AMPARO OROZCO AMAYA nació el 06 de mayo de 1963 (arch.03 fl.50), estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, desde el 03 de mayo de 1984 (arch.03 fl.61) hasta la fecha

de su traslado efectivo al régimen de ahorro individual, administrado por la AFP PORVENIR S.A., el 01 de abril de 2001, tal como se registra en la certificación de Asofondos (arch.15 fl.71).

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la demandante prestó servicios como **trabajadora del sector público y privado** previo a su traslado al ahorro individual.

| [1]Identificación Aportante | [2]Nombre o Razón Social | [3]Desde | [4]Hasta | [5]Último Salario | [6]Semanas | [7]Lo | [8]Sim | [9]Total |
|-----------------------------|--------------------------|------------|------------|-------------------|--|-------|--------|----------|
| 7016102282 | HERNAN VILLA V Y CIA | 05/03/1984 | 22/07/1984 | \$11.850 | 20,00 | 0,00 | 0,00 | 20,00 |
| 1006119165 | SALVAT EDITORES COLO | 01/12/1985 | 21/01/1986 | \$19.925 | 7,43 | 0,00 | 0,00 | 7,43 |
| 20016300001 | SEGUROS SOCIALES | 03/08/1994 | 05/09/1994 | \$322.575 | 4,86 | 0,00 | 0,00 | 4,86 |
| 20016300001 | SEGUROS SOCIALES | 06/06/1994 | 30/11/1994 | \$537.358 | 12,29 | 0,00 | 0,00 | 12,29 |
| 20016300001 | SEGUROS SOCIALES | 01/12/1994 | 31/12/1994 | \$537.358 | 4,43 | 0,00 | 0,00 | 4,43 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/01/1995 | 31/01/1995 | \$488.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/02/1995 | 28/02/1995 | \$513.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/03/1995 | 31/03/1995 | \$566.000 | 4,29 | 0,00 | 0,00 | 4,29 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/04/1995 | 30/04/1995 | \$491.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/05/1995 | 31/05/1995 | \$475.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/06/1995 | 30/06/1995 | \$537.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/07/1995 | 31/07/1995 | \$651.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/08/1995 | 31/08/1995 | \$551.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/12/1995 | 31/12/1995 | \$357.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 860013816 | INSTITUTO DE SEGUROS | 01/01/1996 | 31/01/1996 | \$433.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 890001326 | CENTRO DE BIENESTAR | 01/03/1996 | 31/03/1996 | \$672.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 890001326 | CTRO DE BIENESTAR DE | 01/04/1996 | 30/06/1997 | \$607.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 890001326 | CENTRO DE BIENESTAR | 01/07/1997 | 31/10/1997 | \$738.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 890001326 | CENTRO DE BIENESTAR | 01/11/1997 | 30/11/1997 | \$1.522.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 890001326 | CENTRO DE BIENESTAR | 01/12/1997 | 31/05/1998 | \$738.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| 891480000 | COMFAMILIAR RISARALD | 01/02/1999 | 31/07/1999 | \$544.000 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 |
| | | | | | [10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS: 53,29 | | | |
| | | | | | [11] SEMANAS COTIZADAS CON TARIFA DE ALTO RIESGO (INCLUIDAS EN EL CAMPO 10 * TOTAL SEMANAS COTIZADAS): 0,00 | | | |

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen 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 traslade por primera vez del RPM al RAIS, como es el caso de la demandante, en el formulario se deberá consignar que su decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. Señala la norma que, el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implican el traslado de un régimen a otro, no sólo en sus beneficios, sino también en sus desventajas, acorde a las condiciones de cada afiliado.

Ahora, la toma de una determinación de tanta trascendencia, para que sea realmente ejecutada con libertad y seleccionando entre las posibilidades de

regímenes pensionales, debe surtir de manera informada e ilustrada al punto de generar la comprensión en su receptor.

Por ello, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia configuró una línea jurisprudencial contenida en las siguientes sentencias **SL 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 parágrafo 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 dejar el anterior régimen 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, la demandante desconoció la incidencia de tal decisión frente a sus derechos prestacionales, y no pudo analizar comparativamente el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, ni su modalidad de financiación, lo cual evidencia la falta de transparencia entre personas que se encuentran en posiciones asimétricas. Falencia que se 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 segundo, tercero y cuarto de la sentencia, habrá de indicarse que resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que** el 01 de abril de 2001, realizó LUZ AMPARO OROZCO AMAYA del Régimen de Prima Media administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., en tal virtud, resulta procedente la orden del traslado de la totalidad de los aportes realizados al RAIS con motivo de la vinculación del

demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos 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, 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.²).

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

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...”

² Artículo 1746 C.C. Efectos de la declaratoria de nulidad. La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo (...).

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 Corporación³, al afirmar:

“La exigencia resultaba lesiva, en su mayoría, para quienes tenían la intención de volver al régimen de prima media, pues el saldo de la cuenta pensional, incluyendo los rendimientos, no resultaba suficiente para equiparar la rentabilidad que obtiene el fondo común que administra el Instituto de Seguros Sociales. Además, la rentabilidad obtenida es una circunstancia totalmente ajena al aportante”.

En igual sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral en sentencias del 31-01-2007, rad. 27465; 1-12-2009, rad.36301; 9-03-2010, rad. 35406; 14-11-2012, rad. 38366; 14-11-2012, rad.38366, en las cuales se afirmó:

“No resulta razonable exigir a quienes pretenden recuperar el régimen de transición, una vez regresan del RAI al RPM, y cumplen el requisito de 15 años o más de servicios o de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema, además del traslado de todo el saldo de la cuenta de ahorro individual, la equivalencia de los aportes legales, puesto que se trata de una exigencia que no fue contemplada por el legislador.”

Ahora respecto de la prescripción, basta 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*

³ 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.

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 el apoderado de COLPENSIONES 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 COLPENSIONES 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,

R E S U E L V E:

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

- I. **DECLARAR** la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de **LUZ AMPARO OROZCO AMAYA**, retornando en consecuencia, 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, **DEVUELVA** a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** todos los valores integrales que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la 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 a la 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 de la 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.
- IV. **IMPONER** a **COLPENSIONES**, una vez ejecutoriada esta providencia, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales a la afiliada demandante.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, apelante infructuoso, y a favor de la parte demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'500.00. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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

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: **a1f96f8e51f13f0056a56fea1649a51b968140f972c0734248ec110a64b1411c**

Documento generado en 10/02/2023 06:21:46 AM

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

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