



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

Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 034

Audiencia número: 415

En Santiago de Cali, a los veintisiete (27) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, ALVARO MUÑOZ AFANADOR y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificatorio del artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 060 del 10 de marzo de 2022 de proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por LEONARDO BEDON TORRES contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Integrado en litis: COLFONDOS S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

AUTO NUMERO: 1053

RECONOCER personería a la doctora MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.144.041.976, con tarjeta profesional número 258.258 del Consejo Superior de la Judicatura, como mandataria judicial de COLPENSIONES.

ACEPTAR la sustitución del mandato a favor de la abogada ALEJANDRA MEJIA RIVERA, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.018.411.112, con tarjeta profesional número 192.207 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de Colpensiones.

La anterior decisión quedará notificada con la sentencia que a continuación se profiere.



ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada de Colpensiones al formular alegatos de conclusión ante esta instancia hace referencia al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que refiere a la selección de cualquier régimen pensional, la que es decisión el afiliado. Además, que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, solo permite el traslado de régimen pensional una vez y siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años de edad para pensionarse. Solicitando que se declare probada la excepción de prescripción.

Dee otro lado, el mandatario judicial de Porvenir S.A. solicita sea confirmada la decisión de primera instancia, porque al demandante se le reconoció la pensión de invalidez, por él solicitada, que, de atenderse sus peticiones, se lesiona la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, alternando una situación jurídica consolidada.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0360

Pretende el demandante que se declare la nulidad o ineficacia del primer traslado que hizo del Instituto de Seguros Sociales ya liquidado, hoy Colpensiones, a Porvenir S.A. Como consecuencia de lo anterior, se ordene el traslado de los aportes y/o capital, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses y gastos de administración a Colpensiones.

En sustento de esas peticiones, aduce que nació en el municipio de Buenaventura el 18 de junio de 1962. Estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales y luego se vincula a Porvenir S.A, trámite en el que un asesor de esa entidad le informó que el Seguro Social iba a desaparecer, sin haber recibido una información clara y por escrito al momento del cambio de régimen pensional, ni se le expuso sobre la facultad que tenía del retracto. Considerando que fue inducido en error en el consentimiento. Que ha solicitado a las demandadas el retorno al régimen de prima media sin obtener respuesta favorable.



TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La apoderada de Colpensiones al dar respuesta a la demanda se opone a las pretensiones porque el demandante realizó el traslado al régimen de ahorro individual de forma libre y voluntaria, teniendo suficiente tiempo para documentarse e informarse sobre cuál era el régimen que más le convenía, donde la ignorancia de la ley no le sirve de excusa. Además, debe probarse los vicios del consentimiento. Formula las excepciones de fondo que denominó: buena fe, prescripción y la genérica.

Porvenir S.A. por medio de mandatario judicial se opone a las súplicas de la demanda porque la afiliación que hizo el actor fue producto de una decisión libre e informada, tal como se aprecia en el formulario de vinculación y se debe tener en cuenta además la restricción contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2002. Plantea las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

El juzgado de conocimiento ordena integrar en litis a COLFONDOS S.A. quien al dar respuesta a la acción se allana a las pretensiones de la demanda.

Igualmente, ordena citar como parte al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Oficina de Bonos Pensionales. Quien, al dar respuesta, manifiesta que el demandante se encuentra vinculado al régimen de ahorro individual desde julio de 1996, inicialmente con Colfondos y luego con Horizontes, hoy Porvenir S.A. Que tendría el actor derecho al bono pensional tipo A, pero el demandante no cotizó al sistema general de pensiones 150 semanas no hay lugar a reclamar el bono pensional, porque solo cuenta con 35 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de corte del bono pensional -02 de diciembre de 1994, no cumpliéndose con los presupuestos del artículo 115 de la Ley 100 de 1993. Señalando que el actor disfruta de una pensión de invalidez desde el mes de mayo de 2020. Propone las excepciones de mérito que denominó: falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, prescripción e imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia por la



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL**

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LEONARDO BEDON TORRES
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-005-2018-00541-01

afiliación al régimen de ahorro individual dada la condición de pensionado por invalidez por parte del fondo privado de pensiones Porvenir S.A.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

El proceso se dirime con sentencia, mediante la cual la operadora judicial decide declarar probadas las excepciones de mérito propuestas por Porvenir S.A., Colpensiones y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, negando las peticiones del demandante.

Para arribar a las anteriores conclusiones, la A quo se apoya en varios precedentes jurisprudenciales sobre la ineficacia del traslado de régimen pensional, encontrando que las administradoras del régimen de ahorro individual convocadas al proceso no cumplieron con su deber de haber asesorado de manera integral al actor sobre las características e implicaciones que conllevaban el traslado de régimen pensional, pero que al ostentar el demandante la calidad de pensionado, se constituye en un hecho consumado irreversible.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El proceso llega a esta Corporación para surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante al haber sido el pronunciamiento de primera instancia adverso a sus pretensiones, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Corresponderá a esta Sala de Decisión determinar si hay lugar a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado efectuado por el demandante quien ya ostenta la calidad de pensionado por invalidez.



No es materia de discusión que el actor suscribe formulario de vinculación con Colfondos, como se lee en el formulario aportado a folios 117 del pdf 01, luego se afilia a Horizontes el 15 de marzo de 2002 (pdf. 01 fl. 120) y luego con Porvenir S.A. el 30 de marzo de 2006 (pdf, 01 fl. 9). Además de acuerdo con la información que reporta el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (pdf. 12, fl. 7), el actor realiza aportes del año 1988 a julio de 1996 con varios empleadores cotizando ante el Instituto de Seguros Sociales.

Pasa la Sala a resolver el problema jurídico planteado, tendiente a determinar si la afiliación que hizo el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad; resulta ineficacia. Frente a dicha afirmación el fondo de pensiones demandado expuso en su defensa que sí brindaron asesoría al momento del traslado de régimen pensional y que se trató por lo tanto de una decisión propia del actor.

Es de recordar que nuestro Sistema de Seguridad Social en Pensiones está compuesto por dos regímenes excluyentes pero que coexisten: Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad (art. 12 Ley 100/93). Además, el literal b) del artículo 13 de esa misma ley, prescribe que la selección de los dos regímenes es libre y voluntaria por parte del afiliado, y para tal efecto debe manifestar su elección al momento de la vinculación o traslado; éstos se pueden dar cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, con la prohibición de no poderse trasladar cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Las Administradoras de Fondos de Pensiones, tienen una doble connotación, por una parte, son entidades que por delegación del artículo 48 de la CP y los artículos 90 y 91 de la Ley 100 de 1993, prestan un servicio público obligatorio de seguridad social; pero a la vez son sociedades que tienen el carácter de instituciones financieras, catalogadas como sociedades de servicios financieros. Por lo tanto, fiduciarias del servicio público de pensiones, que se encuentran vigiladas por la Superintendencia Financiera, y sometidas al Estatuto financiero, esto es el Decreto 663 de 1993 y la Ley 795 de 2003.



El *deber de información* es un elemento de la naturaleza del contrato de fiducia mercantil, tal como lo ha establecido de antaño el artículo 1501 Código Civil; por lo cual las administradoras deben dar Información inteligible, exacta, pertinente, completa y oportuna; que incluya no solo los aspectos positivos sino también los negativos, subrayando los riesgos que conlleva la decisión de afiliarse. O incluso, el deber disuadir al cliente si la decisión no le es conveniente, o rechazar la tarea cuando considere que está destinada al fracaso.

Tal deber deviene del postulado señalado en el Decreto 663 de 1993 - *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*- artículo 72 literal f) y artículo 97, normas modificadas por la Ley 795 de 2003, que en su artículo 12 señala que las decisiones que puedan tomar los clientes deben estar *“debidamente informadas, conociendo cabalmente el alcance de sus derechos y obligaciones en las relaciones contractuales que los vinculan o puedan llegar a vincular con aquellas”*.

Dicho deber, en términos presentes, ha sido recogido por los Decretos 2241 de 2010 y 2555 del mismo año, que integran los principios orientadores del régimen de consumidores financieros y el sistema general de pensiones, como: i) la debida diligencia, ii) transparencia, la información cierta, suficiente y oportuna, y iii) manejo adecuado de los conflictos de interés.

Como ha quedado visto, el deber de información es una obligación que por ley tienen las Administradoras de Fondos de Pensiones, y un derecho para los afiliados a cualquiera de los regímenes; mismo que se materializa en el deber de un buen consejo, en proporcionar una información o ilustración suficiente que dé a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegado el caso, desanimar al interesado de tomar una decisión que claramente le perjudique.



Dicha razón justifica el contenido del artículo 3° del Decreto 1661 de 1994, que estableció el deber que tienen las administradoras de informar a sus afiliados sobre la posibilidad de retractarse; obligación que debe manifestarse por escrito al momento de la afiliación o traslado, tal como lo señala la normativa citada en su inciso final cuando establece que *“las administradoras deben informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse”* que tienen dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha en que se suscribe la afiliación o traslado.

Respecto a la nulidad del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de Rad. No. 33083 del 22 de noviembre de 2011, rememora las sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, las cuales manifestaron como principal razón en que se fundamentó la declaratoria de nulidad de la afiliación, es el deber de las administradoras de pensiones de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Así lo recordó nuestro órgano de cierre en la sentencia SL 373, radicación 84475 del 20 de febrero del 2021. Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, retomando los pronunciamientos realizados por esa corporación en sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, puntualizando:

“La obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1.º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, hace referencia «a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de



cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro»

De lo anterior se desprende que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad siempre ha tenido la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando los beneficios, pero también las consecuencias adversas de su traslado, incluyendo consecuencias tales como la pérdida del régimen de transición, ya que se trata de una decisión trascendental, pues en algunos casos puede incidir en la posibilidad de acceder a una pensión. Carga de la prueba que estaba en cabeza de las administradoras de pensiones, de conformidad con los anteriores precedentes jurisprudenciales y además, expuesto en las sentencias SL 1421 y SL 1452 de 2019.

La Sala de Casación de la Corte Suprema de justicia, en sentencia SL 1688 de 2019, sobre la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales es “la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado”. Señalando el máximo órgano de la jurisdiccional laboral lo siguiente:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.



Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor¹ o del consumidor financiero”. (Subrayas fuera de texto original).

Descendiendo al caso que nos ocupa, si bien, aparece copia del formulario, diligenciado por el demandante, ello no es prueba de que ese acto de traslado fuera libre y voluntaria, por parte del promotor de esta acción que impidan la ineficacia solicitada, porque en palabras de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de instancia SL 1421 de 2019, radicación 56174, preciso sobre esa temática, lo siguiente:

“Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil. Acreditar dichos presupuestos incumben a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para el afiliado, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión libre...”

En el proceso en curso, omitieron las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual acreditar que cumplieron con el deber de haberle brindado al demandante una información suficiente sobre los beneficios, bondades de cada régimen a fin de que tomará la mejor decisión en relación con su régimen pensional. Lo que conlleva a declarar que la vinculación del actor al régimen de ahorro individual es ineficaz, por consiguiente, se deberá



entender que el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y siempre estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida y no perdió los beneficios pensionales que ofrece ese régimen.

Al absolver el interrogatorio de parte el demandante manifestó que la empresa solicitó la pensión de invalidez, porque él llega a trabajar en muletas, lo mandan a calificar y la pérdida de la capacidad laboral fue 55.9% y no recuerda la fecha de estructuración. Razón por la cual se solicitó a la entidad demandada la información correspondiente, y en efecto manifiesta que el demandante goza de una mesada pensional por invalidez, al presentar una pérdida de la capacidad laboral del 55.95%, tener 1165 semanas cotizadas, pagando un retroactivo pensional desde el 25 de febrero de 2019. (cuaderno del Tribunal pdf 09 fl. 3)

La operadora judicial de primera instancia, que al haber obtenido el demandante la pensión de invalidez ya tenía un estatus que no podía declararse ineficaz, razón por la cual declara probada las excepciones propuestas por la parte pasiva.

Decisión que es apelada, al considerar el apoderado de la parte actora que se están desconociendo derechos fundamentales del actor y precedentes anteriores de las altas corporaciones sobre la materia.

Considera la Sala que, de acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, esto es, que el efecto de omitir haber brindado una información integral al afiliado al momento del traslado de régimen pensional conlleva a la ineficacia. En este evento, esa omisión no se suple con el reconocimiento de la prestación, por lo tanto, si existe la ineficacia reclamada por la parte actora.

De otro lado, al darse lectura a las sentencias radicados 31989 del 09 de septiembre de 2008, 31314 del 06 de diciembre de 2011 y 71919 del 06 de agosto de 2019, todas emitidas por la



Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, encontramos hechos homólogos al que nos ocupa, donde los demandantes ya tenían la calidad de pensionados, derecho otorgado bajo el régimen de ahorro individual y a su favor se le concede la nulidad del traslado, decisión fundada en la ausencia de información al momento de la vinculación al régimen de ahorro individual. Precedentes jurisprudenciales que no hicieron discriminación si se trataba de un afiliado o de un pensionado. Pero se hizo la siguiente claridad:

“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social, en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración, o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentará entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna ...”

Los precedentes jurisprudenciales antes citados, fueron modificados con la sentencia SL 373 de 2021, considerando la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que era necesario reorientar la posición y hace la distinción entre afiliado y pensionado, ya que el efecto de la ineficacia es volver al estado anterior, en el caso de los pensionados ya había una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico que no era razonable revertir o retrotraer, porque podrían afectar derechos, deberes, relaciones jurídica e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones. Considerando el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral que, en ese evento, el pensionado sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión y tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.



Aclara esta Sala que ya había tenido la oportunidad de pronunciarse en casos similares al que nos ocupa, y acogió el precedente de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuesto en la sentencia SL 373 del 2021, antes citado. Pero haciendo un nuevo estudio sobre la misma temática, nos lleva a cambiar ese criterio, que si bien, el operador judicial está sometido al precedente jurisprudencial, pero puede apartarse de éste dada la autonomía judicial, y por ello exponemos las siguientes consideraciones:

1. Lo expuesto en la sentencia SL 373 de 2021, omite, viola el derecho de igualdad, al no poner en el mismo renglón tanto a pensionados como afiliados, porque para éstos últimos, si les aplica el efecto de la ineficacia, expuesto desde septiembre de 2008 en la sentencia 31989, esto es, entender que las cosas retornan al estado anterior, por lo tanto, se considera que el afiliado siempre permaneció en el régimen de prima media, efecto que considera no aplicable al pensionado, omitiendo que también ostentó la calidad de afiliado cuando se traslada de régimen pensional y a quien tampoco las administradoras del régimen de ahorro individual brindaron una información completa al momento de la vinculación a ese nuevo régimen pensional. Reiterando que el deber de información surge al momento de acercarse a las oficinas de las administradoras del régimen de ahorro individual se le debe brindar al potencial afiliado.

Ha expuesto la Corte Constitucional en sentencia T 432 de 1992, que *“el principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales”*. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.

En materia laboral, podemos citar la sentencia SU 149 de 2021, donde la Guardiana de la Constitución, hizo un análisis del principio de la igualdad de los afiliados y pensionados, cuando



se reclama el derecho a la pensión de sobrevivientes, señalando que no puede haber discriminación alguna al respecto.

De otro lado, la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia había expuesto en sentencia radicación 71619 de 2019, lo siguiente:

“La Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual no hubo ninguna omisión por parte del fondo de pensiones accionado, puesto que la demandante no contaba con una expectativa pensional en atención al número de semanas cotizadas.

Tal argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.”

El precedente antes citado, partía del estudio normativo, donde la ineficacia o nulidad del traslado no exige que se tenga aún la condición de afiliado, dicho en otras palabras, no le resta el derecho a solicitar la ineficacia del traslado de régimen pensional al pensionado, quien también fue víctima de una mala asesoría al momento de la vinculación al régimen de ahorro individual.

2. De otro lado, ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, lo siguiente:

“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.

De acuerdo al discernimiento que hace el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, que el accederse a declarar la ineficacia del traslado de una persona ya pensionada en el régimen de ahorro individual, “*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”. Dándosele importancia a la sostenibilidad del sistema, pero ese principio expuesto en el artículo 48 de la Constitución Política, no puede tener relevancia cuando se trata de derechos fundamentales, entre los que se cuenta, la seguridad social. Así claramente lo ha expuesto la Corte Constitucional en sentencia SU 149 de 2021, cuyo aparte es del siguiente tenor:

“Mientras la sostenibilidad fiscal es un criterio orientador, de carácter general y que debe ser tenido en cuenta en las decisiones judiciales, pero que en todo caso cede ante la vigencia de los derechos fundamentales, la sostenibilidad financiera es un principio de aplicación específica para el sistema de seguridad social, el cual debe ser ponderado con el alcance de los derechos constitucionales vinculados con las prestaciones de ese sistema. Esto, con el objeto de garantizar su adecuada financiación, bajo condiciones de progresividad y universalidad.

Para esta Sala, ese principio de la sostenibilidad financiera no puede ser invocado para menoscabar derechos fundamentales, ni restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Bajo las anteriores consideraciones, esta Sala de Decisión Laboral, se aparta de la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, y considerará que el afiliado que estuvo vinculado al régimen de prima media, quien se traslada al régimen de ahorro individual, donde la entidad administradora de éste, no realizó al momento de la vinculación del afiliado una verdadera información y asesoría sobre las condiciones pensionales y quien posteriormente le reconoce el derecho pensional y al formular la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional, tiene derecho a esa declaratoria con la aplicación el efecto jurídico de aplicar la ficción legal de entender que ese afiliado hoy pensionado siempre permaneció en el régimen de prima media y será COLPENSIONES como administrador actual el responsable del reconocimiento de la pensión y pago de mesadas pensionales.

Bajo las anteriores consideraciones corresponderá a COLFONDOS y PORVENIR S.A. transferir al régimen de prima media los valores cobrados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, también regulada el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, al considerar, que, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. debiéndose incluirse que esos valores deberán



reintegrarse de manera indexada. Acogiendo la Sala las sentencias SL 2601 de 2021 y SL 2877 de 2020, emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente corresponderá a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todo el capital que tiene el demandante en su cuenta de ahorro individual y los correspondientes rendimientos que éstos hubiesen generado.

En cuanto al bono pensional, éste deberá ser devuelto a la Nación, como lo ha expuesto entre otras la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 3223 de 2020.

Encuentra la Sala que no ha operado el fenómeno extintivo de las obligaciones, como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 1421 de abril de 2019, cuyo aparte es del siguiente tenor.:

“De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad de traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los supuestos fácticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia a propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo.”

Atendiendo el precedente jurisprudencial, donde la imprescriptibilidad del derecho a la pensión en sí mismo obedece a su naturaleza de prestación social de tracto sucesivo que se disfruta en forma vitalicia ligado a que como derecho conexo al mínimo vital y al derecho al trabajo, amén que ese derecho a la pensión está sometido a la condición suspensiva de que confluayan los requisitos mínimos exigidos por la ley, lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y por lo tanto, no opera plazo extintivo alguno.



Tampoco es procedente declarar probada la excepción respecto a las obligaciones impuestas a la administradora del régimen de ahorro individual llamada al proceso, como es la de transferir los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos y demás emolumentos antes citados, porque éstos tendrán incidencia en el valor de la mesada pensional, derecho que es imprescriptible y como se anunció en líneas anteriores, se deben devolver éstos para no afectar el principio de sostenibilidad del sistema.

Bajo las anteriores consideraciones se revocará la providencia de primera instancia, y al concederse la ineficacia de la afiliación al pensionado, no se hace necesario el pronunciamiento sobre los perjuicios que se reclaman al formularse el recurso de apelación.

PENSION DE INVALIDEZ

Se ha acreditado que el actor está disfrutando de una pensión de invalidez, por haber presentado una pérdida de la capacidad laboral del 55.95%, estructurada el 25 de febrero de 2019, de origen común. Dictamen realizado por Seguros de Viuda Alfa S.A., notificado al demandante el 15 de marzo de 2020 (cuaderno del Tribunal, pdf, 09 fl. 29)

Establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que se considera invalida la persona que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral. El artículo 40 de la misma ley dispone que la pensión se genera a partir de la fecha en que se produce tal estado.

En el caso que nos ocupa, la demanda fue formulada el 30 de noviembre de 2018 (pdf. 01 fl. 2) y en el curso del proceso, el demandante dada las patologías que presenta, acude a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, dictamen que realizó Seguros de Vida Alfa S.A. quien determinó como fecha de estructuración el 25 de febrero de 2019, es decir, el estado de invalidez se genera en el curso del proceso y al ser la pensión de invalidez, un derecho fundamental, ligado a otros derechos, como el mínimo vital móvil, dignidad, el



demandante solicita la correspondiente pensión ante la administradora que estaba afiliado, porque esa prestación se convierte en el único ingreso.

Tampoco se puede omitir que el demandante puede solicitar la conversión de la pensión de invalidez en vejez, debiendo eso si acreditar los requisitos legales, como lo es lo determinado en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 100 de 1993, o lo dispuesto en los numerales primero y segundo de ese mismo artículo.

Ante la ineficacia del traslado de régimen pensional, la pensión de invalidez estará a cargo de COLPENSIONES, a partir del 25 de febrero de 2019. Sin que PORVENIR S.A. pueda compensar valor alguno, porque el actuar del demandante esta provisto de buena fe. Acogiendo lo expuesto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia expuesto en el radicado 31989 de septiembre 09 de 2008, que también trata de la ineficacia de la afiliación de un pensionado que recibió la pensión anticipada, donde puntualizó esa corporación lo siguiente:

“En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciere la administradora de régimen de prima media al que retorna”

Para realizar la cuantificación del valor de la mesada pensional, es necesario que una vez las administradoras de fondo de pensiones demandadas trasladen todas los aportes con sus correspondientes rendimientos y gastos de administración, las sumas adicionales de la aseguradora, en el caso de haberlos recibido, así como las sumas correspondientes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, deberá COLPENSIONES, como la administradora del régimen de prima media, actualizar la historia laboral, cargue los valores correspondiente al



ingreso base de cotización, toda vez que de conformidad con el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, dispone una destinación específica de la cotización diferente en cada régimen, como lo ha expuesto la Corte Constitucional en sentencia SU 313 de 2020

COLPENSIONES, deberá hacer la liquidación del valor de la mesada pensional, conforme a la ley y aplicando el principio de favorabilidad. Teniendo en cuenta que el artículo 35 de Ley 100 de 1993, establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y además, el valor de la mesada pensional se incrementará anualmente como lo determine la ley.

Para la exigibilidad de la obligación impuestas a las administradoras de los regímenes pensionales, es necesario, establecer un término para su cumplimiento, por lo tanto, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. deberán trasladar a COLPENSIONES todos los emolumentos antes citados, pero además, deberá indicar debidamente discriminados, los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, contando para ello con un término de UN MES contado a partir de la ejecutoria de esta providencia, y COLPENSIONES, contará con UN MES para actualizar la historia laboral y liquidar el valor de la mesada pensional. Tiempo que se empieza a contabilizar desde el momento en que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. transfieran aportes, rendimientos y gastos de administración y demás, enunciados en líneas anteriores, debiendo además la administradora del régimen de ahorro individual convocada al proceso, informar al demandante, cuanto capital traslada a COLPENSIONES y la data precisa en que cumple con ese deber.

Ante la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, COLPENSIONES, la que se analizará no sobre el derecho pensional, que es imprescriptibles, sino sobre la obligación de pagar mesadas pensionales. Fenómeno que no aplica en este caso, porque la demanda fue presentada antes de estructurarse el estado de invalidez, como se analizó en línea anteriores.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LEONARDO BEDON TORRES
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-005-2018-00541-01

No sobra advertir a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que no pueden dejar de cancelar las mesadas pensionales por invalidez al actor so pretexto del trámite de cumplimiento de esta sentencia. Por lo tanto, hasta que COLPENSIONES emita la resolución reconociendo el derecho y ordenando la inclusión en nómina, la prestación estará a cargo de PORVENIR S.A., cuyo valor descontará a COLPENSIONES del capital a transferir, pero sólo sobre las mesadas pensionales causadas desde la ejecutoria de esta providencia hasta la inclusión en nómina por parte de Colpensiones.

Bajo las anteriores consideraciones se revocará la sentencia de primera instancia y hay lugar a imponer costas de primera instancia a cargo de la pasiva conformada por COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. por cuanto los argumentos de defensa no fueron atendidos y de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, norma aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Agencias en derecho que serán señaladas por el juzgado de origen

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de la pasiva como alegatos de conclusión

Sin costa esta instancia.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia número 060 del 10 de marzo de 2022 de proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta, para en su lugar:



- a) Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el señor LEONARDO BEDON TORRES al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
- b) Ordenar a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta de ahorro individual del actor, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también a devolver el porcentaje de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. Deberá discriminarse los conceptos con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique. Contando con un término de un mes, contados a partir de la ejecutoria de la sentencia para dar cumplimiento a esta orden.
- c) Ordenar a PORVENIR S.A. a trasladar a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor correspondiente al bono pensional, suma debidamente indexada.
- d) Ordenar a COLFONDOS S.A. a transferir a COLPENSIONES el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio, todo debidamente indexado. Contando igualmente con el término de un mes para dar cumplimiento a esta obligación.
- e) Ordenar a COLPENSIONES a reconocer al señor LEONARDO BEDON TORRES la pensión de invalidez a partir del 25 de febrero de 2019.
- f) Ordenar a COLPENSIONES a hacer la liquidación del valor de la mesada pensional, conforme a la ley que corresponde al señor LEONARDO BEDON TORRES, determinando el ingreso base de liquidación más favorable y atenderá lo dispuesto en el artículo 35 de Ley 100 de 1993, establece la prohibición de fijar mesadas pensionales por valor inferior al salario mínimo legal mensual vigente y además, el valor de la mesada pensional se incrementara anualmente como lo determine la ley y se reconocerán una mesada adicional anuales.
- g) Ordenar a PORVENIR S.A. a no dejar de cancelar la pensión de invalidez al señor LEONARDO BEDON TORRES, cuya obligación cesará cuando COLPENSIONES reconozca esa prestación y ordene incluir al demandante en la nómina de



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LEONARDO BEDON TORRES
VS. COLPENSIONES Y OTRAS
RAD. 76-001-31-05-005-2018-00541-01

pensionados. Pudiendo PORVENIR S.A. descontar del capital a transferir a COLPENSIONES las mesadas pensionales causadas desde la ejecutoria de esta sentencia hasta que COLPENSIONES emita el acto administrativo de reconocimiento y ordene la inclusión del demandante en nómina.

- h) Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva.
- i) Costas en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena sea notificado a las partes por EDICTO.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

ALVARO MUÑOZ AFANADOR
Magistrado
SALVAMENTO DE VOTO
Rad/ 005-2018-00541-01