

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES**
VS. **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**
RADICACIÓN: **760013105 002 2019 00250 01**

Hoy **16 de julio de 2021**, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, 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**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 580 del 31 de mayo de 2021, resuelve las **APELACIONES** formuladas por las demandadas **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** en favor de ésta última, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES** contra **COLPENSIONES y OTRO**, con radicación No. **760013105 002 2019 00250 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el **18 de junio de 2021**, celebrada, como consta en el **Acta No 42**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, en ambiente de virtualidad, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio) y la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver las **apelaciones** y la **consulta** en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 261

ANTECEDENTES

Las pretensiones de la demandante en esta causa, se orientan a obtener la declaratoria de condena, por lo siguiente:

(...)

2.1. Sírvase su señoría **Declarar** la **nulidad o ineficacia** del acto mediante el cual se produjo el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) administrado por la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, realizado por la señora **Claudia Elena Cruz Benavidez** en Diciembre de 2001 (o la fecha que corresponda), por lo que, para efectos pensionales se entienda que la señora **Claudia Elena Cruz Benavidez** se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) concretamente con la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**.

2.2. Sírvase su señoría **Condenar** a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** como una **obligación de hacer** a devolver los aportes pensionales y rendimientos de **propiedad** de la señora **Claudia Elena Cruz Benavidez** efectuados en la Cuenta de Ahorro Individual entre **Diciembre de 2001** (o la fecha que corresponda), y hasta la fecha de última cotización, a favor del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) administrado por la **Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones**.

2.3. Sírvase su señoría **Condenar** a la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones** como una **obligación de hacer** a tener como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (R.P.M.P.D) a la señora **Claudia Elena Cruz Benavidez** y validar los aportes pensionales realizados en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (R.A.I.S.) en la Historia Laboral administrada por la **Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones**.

2.4. **Condenar** a la parte demandada en Costas y Agencias en Derecho que genere el proceso tanto a la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** como a la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**

2.5. Se sirva fallar su Señoría conforme a sus **Facultades Extra y Ultra Petita**.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante que, nació el 05 de julio de 1963, iniciando sus cotizaciones el 01 de septiembre de 1989 con Cajanal, con quien acredita 477,86 semanas, más las 840 semanas que se reflejan en su historia laboral; que en diciembre de 2001 firmó formulario de solicitud de vinculación con HORIZONTE PENSIONES y CESANTÍAS S.A. hoy PORVENIR S.A.; que efectuada la proyección del IBL de los últimos 10 años, se obtiene la suma de \$10.774.239,29. Y culmina indicando que, los días 05 y 06 de diciembre de 2018, solicitó a las demandadas la declaratoria de nulidad del traslado de régimen del RPMPD al RAIS, obteniendo respuesta negativa por

parte de Colpensiones, y no se recibió contestación de Porvenir S.A., encontrándose agotada la reclamación administrativa (fls. 6-9).

Las demandadas **COLPENSIONES** (fls. 148-155) y **PORVENIR S.A.** (179-197), se opusieron a las pretensiones, pues consideraron que la afiliación de la actora se hizo con el lleno de los requisitos legales y el traslado fue libre y espontáneo. Además de encontrarse la demandante a menos de 10 años de cumplir con el requisito de edad pensional.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia proferida el 26 de febrero de 2021 por el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, por cuya parte resolutive se dispuso:

PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las administradoras de fondo de pensiones **COLPENSIONES** y **PORVENIR SA**

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que realizara **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES**, a la administradora de fondos de pensiones y cesantías **PORVENIR SA**.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES**, aceptar el regreso de **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES** nuevamente al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.

CUARTO: ORDENAR a **PORVENIR SA** una vez ejecutoriada esta providencia, a realizar el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES** a **COLPENSIONES**, junto con los aportes y los respectivos rendimientos.

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en este juicio.

Se dispone la **CONSULTA** de esta decisión por ser adversa

APELACIONES

PORVENIR S.A. a través de su apoderado judicial apela la decisión, solicitando se revoque la sentencia, señalando que, la demandante no logró probar el error, ni la fuerza ni el dolo, conforme al artículo 1508 (sic), para poder arribar a una ineficacia de la afiliación. Refiere que, la sentencia se funda en la mera manifestación de que su representada no probó como le fueron explicados a la afiliada los detalles e implicaciones de su traslado del RPM al RAIS, lo cual, si se hizo, dejando ésta pasar por alto los mecanismos de carácter legal que tenía para poder solicitar su devolución al RPM. Agrega que, la afiliada no hizo uso al derecho de retracto de su afiliación, conforme al artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, y no manifestó su deseo de regresar al RPM en los términos del artículo 1 del decreto 3800 de 2003 y que, al momento de la afiliación de la actora, su representada no tenía la obligación de dejar sentado en prueba documental la debida asesoría que se le prestó, lo único exigible era la suscripción del formulario de afiliación. Finaliza indicando que, debe darse aplicación a la prescripción, por tratarse de una nulidad de la afiliación y no de un asunto para obtener el derecho pensional, y solicita además se revoque lo concerniente a las costas.

COLPENSIONES interpone igualmente apelación solicitando que se modifique su numeral 4°, teniendo en cuenta la reiterada jurisprudencia de la CSJ, en lo referente a la ineficacia del traslado, relativo a que las sumas a trasladar del RAIS por las AFP privadas a Colpensiones, se debe hacer con la debida indexación, por lo que, solicita se ordene a Porvenir S.A. el traslado de las sumas de dinero indexadas.

CONSULTA

Igualmente, por haber resultado la decisión desfavorable a la demandada COLPENSIONES, se impone a su favor el grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo previsto en el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de junio de 2021, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

El apoderado judicial de la parte demandante, presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la declaración de nulidad o ineficacia de la afiliación realizada por su poderdante a Porvenir S.A. en el año 2001, toda vez que, se acreditó que la misma carece de validez. Así las cosas, pide se confirme la decisión de primera instancia.

Por su parte, los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, alegaron de conclusión, ratificándose de los argumentos expuestos en las contestaciones de demanda y, en consecuencia, solicitan se revoque la decisión de instancia, par que, en su lugar se absuelva de las pretensiones.

CONSIDERACIONES:

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?

Dentro del plenario quedó plenamente acreditado que **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES**, nació el 05 de julio de 1963 (*cédula de ciudadanía, fl. 19*), y estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal, desde 01 de septiembre de 1989 (fls. 6, 87-88), hasta la fecha de su traslado al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la **AFP BBVA HORIZONTE PENSIONES y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A.** desde diciembre de 2001, conforme a formulario de vinculación suscrito el 26 de noviembre de ese año (fls. 79, 198).

Así mismo, de la documental allegada se extrae que la demandante prestó servicios como **trabajadora del sector público en su vida laboral**, previo a su traslado al ahorro individual. Veamos:

DATOS DE LA ENTIDAD CERTIFICADORA																																	
Número:	DEPARTAMENTO DEL CAUCA EN REESTRUCTURACION						Nº:	891.882.916																									
Dirección:	CALLE # 01A Y 882UNA EDIFICIO DE LA GOBERNACION						Departamento:	CAUCA																									
Teléfono Fijo:	808484		Código EMPLEADO:		89188291600000000000		Municipio:	POPAYAN																									
DATOS DE LA ENTIDAD EMPLEADORA																																	
Número:	DIRECCION DEPARTAMENTAL DE SALUD DEL CAUCA EN LIQUIDACION						Nº:	891.882.988																									
							Fecha en que entro en vigencia el Sistema Central de Pensiones:	Julio 21 de 1993																									
DATOS DEL EMPLEADO																																	
Tipo de Documento:		C		Documento:		26.540.887		Fecha de Nacimiento:		Julio 3 de 1962																							
Primer Apellido:		CRUZ		Segundo Apellido:		BENAVIDES		Primer Nombre:		CLAUDIA																							
								Segundo Nombre:		ELENA																							
PERIODOS CERTIFICADOS																																	
Desde	Hasta	Tipo de Previsión	Tipo de Empleo	Cargo	Realidad Documentada (Pto. Expediente Social)	Nombre Agente	Entidad Empleadora	Real. de Pto. Expediente	Cargo de Pto. Exped.	Cargas Conexas	Percepciones (Salario)																						
01-08-1982	30-03-1983	CAJAFON	PUBLICO	Profesional Técnico Social (Medicinas)	SI	CLAUDIA ELENA BENAVIDES	INCOB	SI	NO	SI																							
01-08-1982	30-03-1983	CAJAFON	PUBLICO	Profesional Técnico Social (Medicinas)	SI	CLAUDIA ELENA BENAVIDES	INCOB	SI	NO	SI																							
FACTORES SALARIALES 1989 (Valores en pesos)																																	
DESCRITO	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	
Salario Básico Mensual	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000
Salario Fijo	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000	6.000.000

De manera que, lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula y/o ineficaz, al considerar que la AFP demandada PORVENIR S.A., le informó que le convenía trasladarse al régimen de ahorro individual porque se iba a pensionar con mejores condiciones económicas y de edad, insistiendo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a quebrar y a desaparecer, perdiendo todas las cotizaciones realizadas y bonos pensionales que estaban a cargo del Seguro Social.

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 (...).”***

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 surtirse 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-2001, 2021, 1948, 1949, 1942, 1743, 1741, 1907, 1440, 1442, 1465, 1467, 1475, 782, **1217** 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).

Las decisiones de los años 2019-2021 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,

¹ *“En tratándose de traslados entre regímenes las entidades administradoras de pensiones tienen el deber de suministrar información respecto de todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional e ilustrar y dar a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”. (...) “La administradora de pensiones del régimen de ahorro individual tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor que fue anulada, con todos sus intereses y rendimientos que se hubieren causado”. Y que “Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros y en ese orden la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de la nulidad, no debe asumir la mora en el pago íntegro del derecho pensional”.*

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”.

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 tal 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)”.

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 la 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 Administradora de Fondos de Pensiones demandada, no demostró haber desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que le representaba a la 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, éstas 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 accionadas, 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 derivada del hecho de brindar información únicamente sobre beneficios y no desventajas y la ausencia de igualdad negocial en una suerte de nexo de adhesión para quien es lego en la materia.

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 la AFP 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(a) tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito), razones por las que, la Sala no acoge los planteamientos expuestos por el apoderado de PORVENIR S.A. en la alzada.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, previa adición y modificación de los resolutivos segundo y cuarto de la parte resolutive de la sentencia, habrá de confirmarse que, resulta **ineficaz el traslado–en sentido estricto o de pleno derecho- que el 26 de noviembre de 2001**, realizó la demandante CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES 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 de la demandante, al igual que los bonos pensionales y rendimientos financieros², 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, prosperando el argumento de alzada de Colpensiones. Además de las primas de seguros y reaseguros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Es decir, es la vuelta al *statu quo ante* (artículo 1746 C.C.³).

² 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...”*

³ 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 (...).”

Cabe aclarar también que, en virtud de la afiliación previa de la demandante a la Caja Nacional de Previsión Social, a partir del 01 de septiembre de 1989, en principio podría decirse que la ineficacia del traslado, produciría el efecto de retornar a la misma entidad, no obstante con el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, se dispuso la liquidación obligatoria de CAJANAL EICE, lo que implica que debe darse aplicación al artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que dispone: *“(...) Sin perjuicio de los dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, **así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.**”* (Subrayas y negrilla del Despacho).

Así pues, como la demandante se insertó al RAIS y ante la imposibilidad de retornar a CAJANAL, quien debe asumir su retorno al régimen de prima media debe ser COLPENSIONES, tal como lo determinan las normas en cita, en armonía con el artículo 128 de la ley 100 de 1993 y la prohibición contenida en el artículo 129 ibídem de creación de nuevas entidades de previsión o de seguridad social del sector público.

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 pueda acoger la relación jurídica de afiliación de la actora, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, situación que debe subsana **PORVENIR S.A.**, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en las AFP’s, 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 a la afiliada. 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 Corporación⁴, 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 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), motivo por el cual, no prospera la argumentación en sentido contrario de la parte demandada recurrente Porvenir S.A.

Finamente, frente el argumento expuesto por el apoderado de **PORVENIR S.A.** al sustentar la alzada respecto de la condena en costas, 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, por lo que, al haber sido dicha Entidad condenada, hay lugar a la imposición de costas, no prosperando el argumento de alzada.

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,

⁴ 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 M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

RESUELVE:

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

I. ORDENAR al Fondo de Pensiones **PORVENIR S.A.**, que dentro de los treinta (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 **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES**, 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.

II. CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, a que, dentro del término antes señalado, devuelvan 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 **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES**, 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.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de **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 **CLAUDIA ELENA CRUZ BENAVIDES**.

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

CUARTO: 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`000.000. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

QUINTO: 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.

(firma electrónica)

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado

Firmado Por:

MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 008 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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: **476739307e7f9fea0a87bfe0c3c379dcad5918f12d397eeba4277bf5d1082af8**

Documento generado en 15/07/2021 05:22:01 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>