

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **LILIA DEL SOCORRO CASTAÑO GONZALEZ**
VS **PORVENIR S.A., Y COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 001 2016 00346 01**

Hoy trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (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 la **APELACION** interpuesta por la apoderada judicial de la parte actora contra la Sentencia No.373 de 12 de diciembre de 2016, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LILIA DEL SOCORRO CASTAÑO** contra **PORVENIR S.A Y COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 001 2016 00346 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 la **apelación** y la **consulta** en esta que corresponde a la...

SENTENCIA NÚMERO 290

ANTECEDENTES

La pretensión de la demandante en esta causa se orienta a obtener la declaratoria de **nulidad del traslado y/o ineficacia** producido del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como trasladar a Colpensiones los saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con los frutos, intereses y rendimientos.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó la demandante, a través de su apoderada judicial, que nació el 19 de enero de 1961. Se vinculó como guarda bachiller con el municipio de Santiago de Cali, vinculación laboral que se encuentra vigente. Su empleador el día 30 de junio de 1995, la afilió a la AFP PORVENIR S.A., sin contar con la asesoría suficiente y desconociendo los efectos de elegir un fondo privado. Indicó que al firmar el formulario de afiliación fue inducida a error.

El 16 de febrero de 2011, la demandante solicitó su traslado al Instituto de Seguros Sociales. A la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 15 años y 28 días de vinculación con el Municipio de Santiago de Cali.

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.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

En sentencia proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI se agotó la instancia, absolviendo a las demandadas de todas las pretensiones incoadas, en sustento indicó que de las pruebas aportadas al plenario se avizora que la demandante siempre ha prestado sus servicios al Municipio de Santiago de Cali, desde el 2 de agosto de 1980, entidad pública de orden territorial. Que hasta el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia el sistema general de pensiones contenido en la ley 100 de 1993, el municipio hizo las veces de entidad de previsión social por lo que la demandante nunca ha estado afiliada al ISS hoy COLPENSIONES. No

obstante, de las pruebas allegadas con la demanda, se logra evidenciar el deseo de trasladarse del RAIS al RPM, administrado por Colpensiones. Que la demandante para cuando entró en vigencia el régimen de pensiones previsto en la ley 100 de 1993, esto es 1 de abril de 1994, contaba con 32 años de edad, al haber nacido el 19 de enero de 1961. Tampoco se acreditó que hubiese prestado servicios durante 15 años con anterioridad a dicha calenda, ni su equivalente en semanas, tal y como se evidencia en el resumen de historia laboral emanado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que reposa a folios 86 a 88 del proceso. Que la demandante no cumplió con la principal característica para el traslado del régimen de transición, es decir, el haber prestado sus servicios con anterioridad al 1 de abril de 1994 o su equivalente en semanas, ahora bien como quedó evidenciado, la demandante al no haber estado nunca afiliada al RPM, en el momento de su afiliación ante la AFP demandada el 30 de junio de 1995, no es dable ordenar el traslado del actual RAIS.

RECURSO DE APELACION

La apoderada de la parte demandante, interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de la *A quo*. Indicó que dentro del expediente la AFP no asumió la carga demostrativa en la que se indique que la actora contó con la información clara y precisa. No era consciente de las consecuencias adversas de su elección habida cuenta que no se le suministró la información adecuada, suficiente, veraz y cierta, máxime que previo a la firma de la afiliación el fondo tenía el deber del buen consejo y la obligación de dar a conocer todas las alternativas. Señaló que la AFP PORVENIR omitió también efectuar las proyecciones con las fórmulas actuariales que la ilustrarían sobre el posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual y su comparación con la que recibiría en el RPM, con prestación definida. Frente a la decisión de desconocer que la demandante es beneficiaria del régimen de transición esto no es óbice para negar su afiliación, como quiera que ello no le impedía su traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 25 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.

La apoderada judicial de la parte actora descorrió del traslado para alegar, solicitó se revoque la sentencia, por no haber contado la demandante con la información debida por parte de la AFP PORVENIR S.A., para el momento que se dio su consentimiento para el traslado. En autos no se acreditó que la AFP cumplió con el deber de información para con la actora de manera detallada sobre el nuevo régimen pensional, sin anunciarle los beneficios que obtendría o las desventajas, las situaciones adversas, en especial los requisitos que tendría que cumplir para acceder a las prestaciones económicas que consagra el régimen de ahorro individual.

Señaló que fue el municipio de Santiago de Cali, quien la afilió a la AFP Porvenir S.A., por ende sólo existe la suscripción del formulario de afiliación, solicita se revoque la sentencia de primera instancia.

Por su parte la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES remitió por correo electrónico sus alegaciones, argumentó que la demandante no logró demostrar vicio alguno en que haya incurrido el Fondo Privado, en el momento en que la demandante se afilió al RAIS, aunado que no se acreditó la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, toda vez que al permanecer en Porvenir S.A., conserva su posibilidad pensional, ya que en caso de declararse injustificadamente la ineficacia del traslado que pretende la demandante afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, generando la descapitalización del fondo lo cual pone en peligro la sostenibilidad del capital pensional. Solicita de esta Sala se mantenga la decisión absolutoria de primera instancia.

El apoderado judicial de la AFP PORVENIR S.A. presentó sus alegaciones, solicita de esta Sala, confirmar la sentencia absolutoria proferida el Juzgado Primero Laboral del Circuito, porque la actora no estuvo vinculada al RPM, y

por lo tanto no hay lugar a declarar la nulidad de traslado de régimen, cuando nunca perteneció a él.

CONSIDERACIONES:

De cara al objeto de debate, materia de apelación le corresponde a la Sala establecer por el análisis fáctico y jurídico de la actuación de primera instancia si *¿El traslado de régimen del demandante resulta nulo o ineficaz, no obstante no contar con una afiliación y cotizaciones realizadas a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-?*

Dentro del plenario quedó acreditado que la demandante **nació el 19 de enero de 1961**. Que se encuentra vinculada al Municipio de Santiago de Cali, fue vinculada a PORVENIR S.A., el 30 de junio de 1995.

De manera que lo controversial desde el libelo introductor es la relación jurídica de traslado de régimen, pues pide la demandante se declare nula, al considerar que la **AFP PORVENIR S.A.** no le brindó información o asesoría profesional completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, respecto de las

consecuencias que tendría a futuro. Así como tampoco le dio información acerca del plan de pensiones y el reglamento de funcionamiento.

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 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 preimpresa 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-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

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
M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

(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 Ortíz), **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 cargos de las AFP es un deber exigible desde su creación”*, pasando la primera etapa de fundación de las AFP, con el deber de suministrar información **necesaria y transparente** por exigencia del numeral 1º del artículo 97 del decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la ley 795 de 2003, en su artículo 21; la segunda, con la expedición del artículo 3, literal c) la ley 1328 de 2009 (vistos los afiliados como consumidores financieros) y los artículos 2, 3, 5, 7 del decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 de 2010, en el artículo 2.6.10.1.1., normas relativas al deber de asesoría y buen consejo. Y la tercera etapa, sustentada en el deber de doble asesoría previsto en el párrafo 1 del artículo 2 de la ley 1748 de 2014, que adicionó el artículo 9 de la ley 1328 de 2009, el artículo 3º del decreto 2071 de 2015, modificatorio del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010 y la Circular Externa 016 de 2016, incorporada en el numeral 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*

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”.

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 contraargumentación 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 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 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

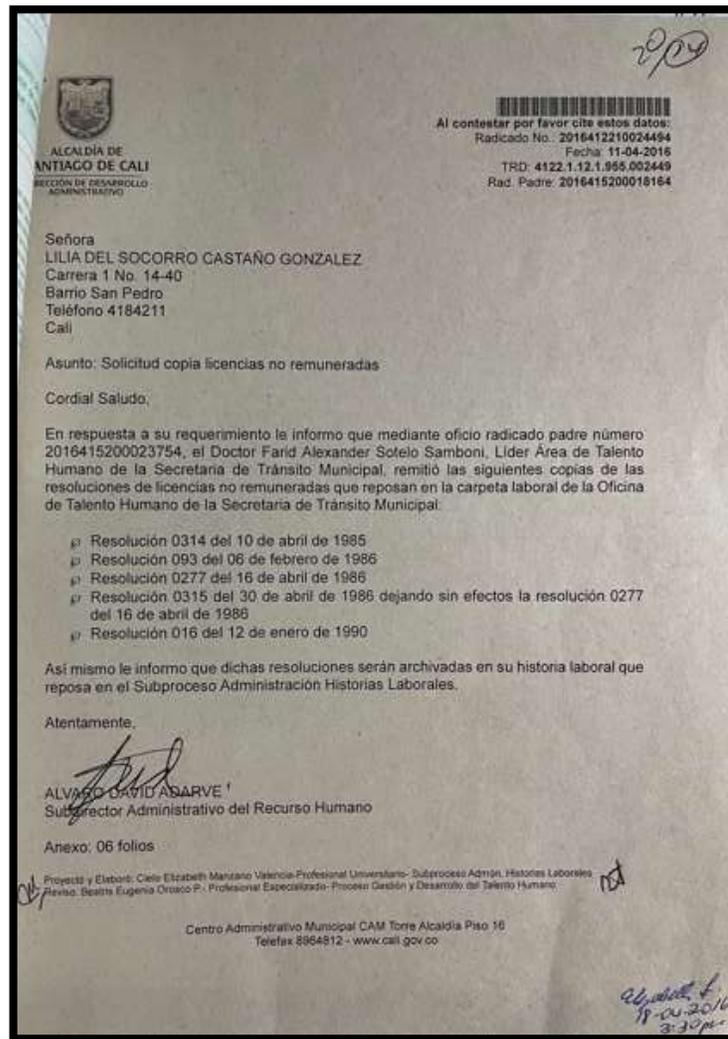
régimen conforme lo señala la ley y la jurisprudencia, y no una nulidad de traslado porque el afiliado tiene capacidad para contratar, no hay vicios del consentimiento, no hay causa u objeto ilícito.

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 de ser acogida 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 aduce la demanda en la cual sustenta la parte actora sus pretensiones, 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 con 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), razones por las que la sala no acoge los planteamientos expuestos por el apoderado de PORVENIR S.A.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, se encuentra acreditado en el expediente la vinculación de la actora al Municipio de Santiago de Cali, así:



Presupuesto por demás indiscutible, sobre el cual fijo la A quo su decisión absoluta.

Cabe precisar que la Ley 100 de 1993, entró en vigencia para los servidores territoriales, a partir del 30 de junio de 1995 (artículo 151, parágrafo), a su vez el Decreto 1068 de 1995 -reglamentario del Decreto Extraordinario 1296 de 1994- dispuso que los servidores públicos territoriales debían seleccionar entre el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de los fondos privados de pensiones. Además, el mismo decreto aclara que los servidores públicos territoriales afiliados a una caja, fondo o entidad de previsión social

del sector público del nivel territorial declarada insolvente podían continuar vinculados a dicha institución hasta su liquidación.

En virtud de lo anterior debe darse aplicación al artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que dispone: *“(...) Sin perjuicio de lo 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, como la demandante se insertó al RAIS y ante la imposibilidad de causar su pensión por cuenta del Municipio, dada la entrada en vigencia del sistema de seguridad social en pensiones y su expreso mandato de pertenecer dada la calidad de servidora pública, 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, la entidad llamada a administrar su derecho pensional.

Entonces, 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

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,* M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

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. Es decir, es la vuelta al statu quo ante (artículo 1746 C.C.3).

Condenas que deberá asumir la AFP demandada **PORVENIR S.A.**, por los respectivos períodos de afiliación, en este sentido prospera la apelación, en consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia.

Respecto de los gastos de administración, es preciso señalar que la ineficacia del traslado “en sentido estricto o de pleno derecho”, determina que jamás existió esa mácula en el historial de inscripciones pensionales del demandante, que hoy, le impiden, movilizarse libremente entre regímenes, dada la proximidad del cumplimiento de los requisitos exigidos. En consecuencia, para que COLPENSIONES pueda asumir la relación jurídica de afiliación de la demandante, ello le implica la imposición de cargas que irían en desmedro del fondo público que soporta dicha entidad, la que deben subsanar **PORVENIR S.A.**, con la devolución de lo aquí ordenado, no bastando con el aporte o cotización, pues durante el tiempo de inscripción en la AFP, el fondo público no percibió dividendo, ni utilidad alguna. Además, si el artículo 39 del Decreto 656 de 1994 los define como ingresos por administrar fondos de pensiones y el artículo 7 de la ley 797 de 2003 ordena remitir su disminución a la cuenta pensional o reservas del ISS, todo ello sugiere que son recursos viables de descontar a quien no administró –dada lo ineficaz de la estancia en la AFP- y que pertenecen al capital del pensionista.

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 (...).
M.P. Dra. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

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 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.”

En relación con las costas, dada la prosperidad del recurso se condenará en costas en ambas instancias, a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES- y Porvenir, a favor de la parte demandante. Se incluyen agencias en derecho de segunda instancia por valor de \$1.000.000. Las de primera instancia serán fijadas por el *A quo*.

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 por la Sección.

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: REVOCAR la sentencia No. 373 de 5 de diciembre de 2016, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado que **LILIA DEL SOCORRO CASTAÑO GONZALEZ** realizó desde el Régimen de Prima Media, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual, administrado por la **AFP PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ORDENAR 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 hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldo de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán a la demandante **LILIA DEL SOCORRO CASTAÑO GONZALEZ**, si fuere el caso.

TERCERO: CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, en el término antes señalado, a devolver los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por el periodo en que administró las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros previsionales, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubieran producido de no haberse generado el traslado.

CUARTO: CONDENAR A COLPENSIONES una vez ejecutoriada esta providencia, a aceptar el traslado de la demandante, sin solución de continuidad, ni imponer cargas adicionales al afiliado demandante.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo de **PORVENIR y COLPENSIONES**, a favor de la parte demandante. Las agencias en derecho de primera instancia se fijan por el A quo y las de segunda instancia, se fijan en la suma de \$1`000.000, por cuenta de las demandadas.

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
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:

e5ee8bfb547ef7429091df88e4bbe1848b28c4a49f9c5211cfb2988436341717

Documento generado en 12/08/2021 09:50:43 p. m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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