

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	RAFAEL MARROQUÍN FIERRO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501320220010101
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA INEFICACIA DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 87

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintitrés (2023), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 368 del 15 de diciembre de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 49

I. ANTECEDENTES

RAFAEL MARROQUÍN FIERRO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.**-, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a y se ordene a **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que brindó la información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación; que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no logra probarse en el presente asunto; que tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, debido a que la misma, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. En todo caso, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Adujo que al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no deriva el retorno de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración no da lugar a ser trasladados, por cuanto fueron

causados de tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado.

COLPENSIONES indicó que el demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“(...) 2. **DECLARAR** la ineficacia de la afiliación del señor **RAFAEL MARROQUÍN FIERRO** al **RAIS**, hoy administrado por **PORVENIR S.A.**, conforme las motivaciones de la sentencia.*

*3. **SE CONDENA** a **PORVENIR S.A.**, a transferir a **COLPENSIONES**, todos los recursos económicos del señor **RAFAEL MARROQUÍN**, sus cotizaciones y todo lo que haya afectado, gastos de administración, sumas destinadas al seguro previsional, porción para garantizar el fondo de garantías de inversión mínima y sus rendimientos, me refiero a las cotizaciones, al igual que la información detallada sobre ingresos bases de cotización, ciclos de cotización, por manera tal que Colpensiones los recibirá, actualizará su historia laboral y contabilizará en favor del demandante, sin solución de continuidad, esto es como si nunca se hubiese ido o siempre hubiese estado en ese fondo común, como semanas cotizadas, sin exigir documental adicional. (...)”.*

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que su representada no ha tenido participación dentro del traslado que inicialmente realizó el demandante; que al decretar la ineficacia se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política. Que la Corte Constitucional en la Sentencia SU130 de 2013 manifestó que únicamente los afiliados con 15 años de servicios o más cotizados

al 1° de abril de 1994 pueden retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, en la sentencia T-489 de 2010 expresó: *“la sala se permite destacar dos ideas relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional, entre ellas son: a) la primera tiene que ver con la protección del capital pensional, no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les falta ya menos de diez años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema; b) desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entrar a beneficiarse a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras, y no por ellas mismas.*

Así las cosas, la sostenibilidad financiera del sistema representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, en tanto que este tipo de procesos generan una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional a desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados” .

Aduce que el demandante se encuentra inmerso en las prohibiciones establecidas en el art. 2° de la Ley 797 de 2003 al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Dice que atendiendo las fechas de los que se encuentra afiliados al régimen de ahorro de individual encuentra que el demandante ha realizado actos de permanencia.

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** alega que su representada cumplió con el deber de información que era obligatorio para la época del traslado; que para la época de la afiliación no existía ninguna norma que exigiera las diferentes administradoras conservar soportes o documentales de la asesoría proporcionada; que el único soporte con el que debía contar su representada era el formulario de afiliación, que si bien los diferentes los despachos judiciales hacen referencia a que las diferentes AFP puedan usar cualquier ha de los medios probatorios dispuestos en la ley y lo cierto que para este tipo de casos ante la dificultad probatoria por la falta de exigencias, es decir soportes respecto a la asesoría proporcionada, dificultad en gran medida esa actuación por lo tanto le resta a las AFP utilizar los medios probatorios de interrogatorio de parte y los soportes documentales que se puedan allegar.

Dice que, en este caso se allegó el formulario de afiliación que resulta ser la única prueba o soporte que dio la asesoría que acredita que el demandante efectuaron su afiliación de manera libre y voluntaria así como claro por parte de su representada se brindó información clara, completa y veraz sobre cada una de las características, condiciones y limitaciones de ambos regímenes pensionales de tal suerte que entonces la AFP cumplió con la a cabalidad con la carga informativa que le correspondía al momento de la afiliación.

Alega que, no se puede exigirse o reprochársele a su representada el deber de dejar soportes documentales de entregar proyecciones pensionales de ningún otro que surgiera ya después de los desarrollos normativos y jurisprudenciales del deber que se creó con la Ley 100 del 1993 y decretos reglamentarios.

Alega que, si el traslado se dio en el año 2001, su representada solamente está obligada al cumplimiento del deber de información de

manera muy primigenia; que es claro no se puede aplicar de manera retroactiva a mi representada una carga informativa que solamente surgió de una manera muy posterior cuando siempre actúa con el principio de confianza legítima y seguridad jurídica.

Señala que, el demandante contaba con múltiples canales de comunicación dispuestos por parte de su representada, para reportar algún tipo de queja, reclamo o para indagar sobre su situación pensional; que él pudo constatar la información proporcionada, por ser de público conocimiento, no pueden exonerarse al actor del cumplimiento de la ley por manifestar su desconocimiento.

Agrega que, el deber de información es de doble vía, sin que pueda eximirse a los afiliados que asiste actuar como ciudadanos diligentes tratándose de asuntos trascendentales los relacionados con su futuro pensional.

manifiesta que, no procede la orden dada a su representada de devolver rendimientos de cuenta, los gastos de administración puesto que durante el tiempo de la afiliación del actor su representada efectuó la labor de administración conforme el artículo 20 de la ley 100 del 1993.

Se opone a la orden dada a su representada de devolver, los gastos de administración, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora y demás emolumentos. Reitera que operó el fenómeno de la prescripción.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las apoderadas judiciales del DEMANDANTE y PORVENIR reiteraron los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve los recursos de apelación, así como la consulta a favor de COLPENSIONES, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia de la afiliación a **PORVENIR**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia y si la condena en costas impuestas a COLPENSIONES se debe revocar.

Respecto al **deber de información**, las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; pues así se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019, las cuales se aplican también en el caso de afiliación, pues el deber de información se debe cumplir por las AFP en cualquier escenario, ora por traslado, ora por afiliación por primera vez.

En cuanto a la valoración del formulario de afiliación como prueba de la libertad de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL367-2022 expresó que,

“Ahora bien, tampoco le asiste razón a la parte opositora que el formulario de afiliación suscrito por la petente era prueba suficiente de la voluntad libre e informada del afiliado, ya que se trata de un formato preimpreso que no ofrece ninguna certeza que en realidad se haya efectuado una explicación completa, clara, eficaz y de acuerdo a las condiciones de la persona que pretendía efectuar el traslado, lo que se observa es un forma genérica, que no puede llevar a concluir que se haya brindado una asesoría oportuna, clara y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, que existían para su caso particular, al momento de optar por cualquiera de los dos.

Además, no podía entender que la actora expresó su voluntad de afiliación en el formulario. Al respecto se ha de precisar que el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021) en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017). Los formularios de afiliación son unos documentos proforma que nada diferente a lo allí señalado indican y, con base en los cuales no se puede estimar que signifiquen de contera entonces, el cumplimiento de la orientación necesaria, requerida y exigida por Ley para que la actora tuviese un conocimiento suficiente, pleno y veraz para poder comprender la conveniencia o no de su traslado.”

PORVENIR no demostró que cumplió con el deber, que le asiste desde su fundación de informar al demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Así las cosas, la sala considera que el juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a PORVENIR.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia, si las AFP no cumplió con el consentimiento informado, deberá trasladar el capital integro de la cuenta de ahorro individual del demandante, hacía COLPENSIONES junto con los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales comisiones con cargo a sus propio patrimonio y los rendimientos, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C, esta Sala indica que las consecuencias serán las de tener por hecho que el acto de

afiliación jamás existió, así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL4360 de 2019 en la que rememoró las “Implicaciones prácticas de la ineficacia” en los siguientes términos:

“(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

“(…) También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados

por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (...)"

Por lo expuesto, encuentra la Sala necesario adicionar la sentencia en el sentido de indicar que PORVENIR S.A. devolverá los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante. Lo anterior con fundamento en lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3901-2020, SL367-2022.

Se mantiene la condena en costas impuesta por cuanto son objetivas y las demandadas fueron vencidas en el presente proceso, pues se opuso a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. Se exonera a **COLPENSIONES** de la condena en costas en esta instancia, por haber prosperado parcialmente el recurso.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 368 del 15 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que PORVENIR deberán reintegrar a COLPENSIONES los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

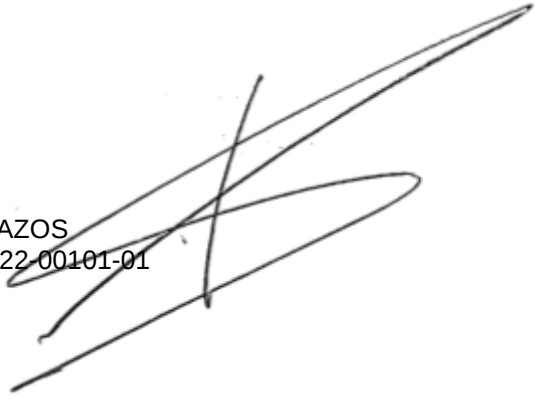
TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,

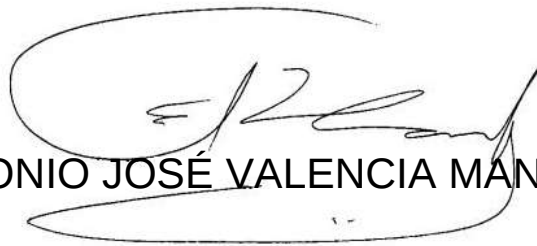
M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS
Radicación: 760013105-013-2022-00101-01
Interno: 19542



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO