



República de Colombia
Tribunal Superior de Cali
Sala Laboral

Proceso	Ordinario – Consulta de la Sentencia
Demandante	JULIANA TROCHEZ
Demandados	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación	76001310500120180061501
Tema	Ineficacia del Traslado de Régimen
Sub Temas	Deber de información: 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.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 183

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de diciembre de 2020, siendo el día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado **Jorge Eduardo Ramírez Amaya**, en asocio de las demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en Audiencia, conforme los lineamientos definidos en el **DECRETO LEGISLATIVO NO. 806 DEL 4 DE JUNIO DE 2020, artículo 15¹**, expedido por el Gobierno Nacional con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, y en los **ACUERDOS PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020, PCSJA20-11581 del 20 de junio de 2020, y PCSJA20-11623 del 28 de agosto de 2020**, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dictar Sentencia de Segunda Instancia en el proceso de la referencia.

En el acto, se procede a surtir en grado jurisdiccional de consulta la

¹ La Honorable Corte Constitucional mediante Sentencia C- 420 de 2020 efectuó el control automático de constitucionalidad del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Sentencia No. 17 del 30 de enero del 2020, proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, de conformidad con lo establecido en el inciso 3° del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

Alegatos de Conclusión

Fueron presentados por la demandada **Colpensiones**, los cuales son tenidos en cuenta en la presente decisión.

No habiendo pruebas que practicar y surtido el trámite legal, procede la Sala, a proferir la siguiente,

SENTENCIA No. 178

Antecedentes

Juliana Trochez presentó demanda Ordinaria Laboral contra la **Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES**, y la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Cesantías Porvenir S.A.**, con el fin que se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y consecuentemente se ordene su regreso al Régimen de Prima Media, junto con el traslado de todos los aportes y rendimientos. Además, se condene en costas a las demandadas.

Demanda y Contestación

La demandante manifestó que, nació el 11 de marzo de 1961.

Sostuvo que, cuando empezó a laborar estuvo vinculada laboralmente con el Municipio de Florida Valle entre el periodo de marzo de 1994 a noviembre de 1994 estando afiliada en pensión obligatoria al ISS hoy Colpensiones cotizando con ellos un total de 31 semanas.

Adujo que, un mes después de iniciar su labor con el Municipio de Florida Valle en abril de 1994, empezó a recibir invitaciones a reuniones, llamadas telefónicas y obsequios de funcionarios de la AFP Porvenir S.A. quienes le ofrecieron maravillosas ventajas para que realizara su traslado de régimen a dicho fondo de pensiones, e igual lo hicieron con otros de sus compañeros de trabajo.

Afirmó que, los argumentos que le fueron presentados por parte de los funcionarios de la AFP Porvenir S.A. eran que le convenía más trasladarse al Regimen de Ahorro Individual porque se iba a pensionar anticipadamente, con unas mejores condiciones económicas, pues sus aportes producían dividendos que incrementarían el capital y se pensionaría con una mesada más alta y menor edad, además de hacer énfasis en que el ISS hoy Colpensiones se iba a quebrar y desaparecer y entonces perdería todas las cotizaciones realizadas y bonos pensionales que estaban a cargo del Regimen de Prima Media del ISS.

Aseguró que, motivada por unas supuestas mejores condiciones ofrecidas por la AFP Porvenir S.A. y atemorizada por perder las cotizaciones realizadas si continuaba en el Regimen de Prima Media ISS, el 28 de junio de 1994, efectuó su traslado al Regimen de Ahorro Individual administrado por la AFP Porvenir S.A., de donde posteriormente en el año 1999 se trasladó a la AFP ING hasta el año 2001 donde nuevamente regresó al fondo Porvenir S.A. en donde ha continuado efectuando sus aportes al Sistema General de Pensiones obligatorias con su actual empleador Departamento del Valle del Cauca, encontrándose en este momento activa.

Arguyó que, el traslado de régimen, que se le realizó por parte del funcionario de Porvenir S.A. se realizó de forma ilegal, ya que toda persona que se quisiera trasladar de régimen para esa época, según lo estableció la Ley 100 de 1993, debía haber cotizado al ISS como mínimo 150 semanas para que se le emitiera o tuviera derecho a su bono pensional de lo contrario

perdería su tiempo cotizado al ISS y para el caso cotizó al ISS solo 31 semanas.

Aseveró que, contrató a un liquidador de pensiones del antiguo ISS hoy Colpensiones para que le realizara una simulación de acuerdo con el Régimen de Prima Media conforme a la Ley 797 del 2003, y al cumplimiento de sus 57 años o más para el caso y con el mínimo de las semanas cotizadas exigidas para el régimen el cual le arrojó un valor de \$1.157.351; y luego de conocer a través de las simulaciones cual sería el valor de su mesada pensional en cada uno de los regímenes, encontró que las condiciones ofrecidas por Porvenir S.A. eran un ENGAÑO y que había sido burlada en su buena fe, por la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., pues el valor de la mesada es considerablemente inferior a la que le reconocería Colpensiones.

Asintió que, ante tal panorama de su situación pensional, el 11 de septiembre del 2018, se dirigió a Colpensiones y radicó solicitud de traslado de régimen del fondo de Pensiones Porvenir S.A. hacia Colpensiones a través de radicado No. 2018-11344982 y la entidad a través de oficio No. 2018-11344982-16551051 respondió que no es procedente dar trámite a su solicitud de traslado de régimen, teniendo en cuenta que ella ya cuenta con 10 años o menos del requisito del tiempo para cumplir la edad de pensión de vejez.

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, ya que para la época en la que la actora se trasladó de régimen pensional, Colpensiones no había entrado en operación, y en todo caso, de la documental que se adjunta se evidencia que el antiguo ISS nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado de régimen al fondo privado. En su defensa propuso las excepciones de fondo: **Inexistencia de la obligación; Prescripción; Buena fe; Imposibilidad para cumplir lo pretendido.**

La **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** respondió la demanda a través de Curador Ad Litem afirmando que, la demanda y sus cuatro pretensiones están ajustadas a la naturaleza del asunto pensional, en armonía con la normatividad Constitucional, administrativa laboral, procesal laboral y de seguridad social vigente. **No propuso excepciones.**

Trámite y Decisión de Primera Instancia

El **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, profirió la Sentencia **17 del 30 de enero del 2020**; declarando no probadas las excepciones de merito propuestas por las entidades demandadas; declaró la ineficacia del traslado del Regimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizado por la señora Juliana Trochez el 1 de noviembre de 1994; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Regimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Regimen de Prima Media con Prestación Definida; ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el art. 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el art. 13 literal q) y en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante; condenó en costas a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Corresponde en esta ocasión a la Sala de Decisión asumir el conocimiento del asunto de referencia en **Grado Jurisdiccional de Consulta** por mandato del inciso 3º del artículo 69 del C.P.T. y S.S., ya que la condena se efectuó en contra de una entidad de derecho público en la que la Nación fungue como garante, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Revisado el proceso, no existe ninguna causal de nulidad que invalide lo actuado y agotado el trámite procesal que corresponde, resulta necesario resolver de fondo la litis en estudio.

Hechos Probados

En el presente asunto no se encuentra en discusión que: **I)** la actora se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el entonces ISS hoy COLPENSIONES, a partir del 28 de marzo de 1994 (fl. 91); **II)** posteriormente, la actora diligenció formulario de solicitud de vinculación o traslado a la **AFP Porvenir S.A** el 28 de junio de 1994, fondo privado al que la actora se cuenta afiliada actualmente (fls. 27); **III)** que la actora el 11 de septiembre del 2018, diligenció Formulario de Afiliación al Sistema General de Pensiones solicitando el traslado de régimen pensional y la entidad a través de documento radicado No. 2018_11344982-16551051 del 11 de septiembre del 2018 respondió negando la pretensión. (fls. 29 y 30)

Problema Jurídico

Por lo tanto, el problema jurídico a resolver se centra en determinar si **I)** el traslado de régimen de la demandante es inválido habida cuenta que no recibió la debida información sobre los aspectos negativos y positivos de estar afiliada en el **RAIS**; la posibilidad de retracto y la información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de faltarle 10 años para pensionarse.

Análisis del Caso

Ineficacia de Traslado

El traslado como acto jurídico en general, conlleva el presupuesto de que el fondo respectivo debe brindar la información adecuada, completa, veraz y oportuna sobre las consecuencias del acto que se va a realizar.

En tal sentido, los **artículos 12 y 13 literal b) de la Ley 100 de 1993**, señalan expresamente que la decisión de afiliarse o trasladarse de un régimen a otro dentro del sistema de pensiones debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Según lo expuesto, cuando la norma utiliza los términos de una decisión libre y voluntaria significa que no debe existir por parte del afiliado ninguna duda sobre las conveniencias o inconveniencias de pertenecer a uno u otro de los regímenes.

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

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

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

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

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

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

Tal omisión, en tratándose de este aspecto, **acarrea la ineficacia de la selección o traslado**, pues se parte del hecho de que la decisión no fue informada, y que está mediada de error.

Se remite la Sala a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del **22 de noviembre de 2011 radicado 33083**, entre otras como soporte jurisprudencial de esta decisión. Debe precisar la Sala que aun cuando la jurisprudencia citada corresponde a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, no obsta su aplicación al presente asunto dadas las similitudes y características que existen entre la posibilidad de afiliarse o trasladarse en los diferentes regímenes del sistema pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente abordó el tema que ocupa la atención de la Sala, en la Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838, redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

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

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

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio comercial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor² o del consumidor financiero". (Subrayas fuera de texto)

Descendiendo al asunto de marras, y como ya se advirtió en hechos probados, obra copia de la solicitud de vinculación en la que consta la solicitud de vinculación del **28 de junio de 1994** que da cuenta que la demandante fue trasladada del **RPM** al **RAIS** con la **AFP Porvenir S.A** (fl. 27), fondo de pensiones al que la actora se encuentra afiliada en la actualidad.

Revisado detenidamente el expediente, no encuentra la Sala prueba contundente que permita inferir que al momento del respectivo traslado de régimen, la Administradora de Pensiones **Porvenir S.A.** haya cumplido con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de su permanencia en ella, a la demandante.

No se denota que la entidad de Seguridad Social demandada le haya suministrado a la demandante los datos y explicaciones del traslado respectivo; en efecto, brilla por su ausencia el acompañamiento desde la antesala de la afiliación, momento en el que debe mostrarle los pros y contras de la decisión trascendental que iba a tomar; dicha gestión puede quedar en evidencia, por ejemplo, con las proyecciones matemáticas, que sustentan el valor de la mesada que hubiera tenido en ambos regímenes, entre otras.

La única prueba que hace referencia a la posibilidad de haberse cumplido con el deber de información, es la copia de la solicitud de vinculación en la que reposa la leyenda "**VOLUNTAD DE AFILIACION**", que refiere que la escogencia de ese régimen lo hace de forma libre, espontánea, y sin presiones.

No obstante, tal documento es precario para poder predicar que la accionante, tomó verdaderamente una decisión libre y voluntaria, cuando ignoraba la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple y fría expresión genérica pre impresa en un formato.

Tampoco se denota una constancia que se le haya entregado el Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la Administradora de Pensiones, que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes; y mucho menos reposa la comunicación que por escrito que la AFP debió dirigir a la demandante referente a la posibilidad de retractarse.

Ahora, en relación con los temas de la **prescripción** y la **posibilidad de trasladarse** cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, esta Colegiatura recuerda que sobre este tópico la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, se ha pronunciado de antaño y recientemente en las Sentencias **SL1452** radiado 6865; **SL 1688**; y, **SL 1689**, todas del 2019, M.P. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en donde recopiló toda su jurisprudencia sobre el tema y, al respecto sostuvo que:

"...De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las Administradoras de Fondos de Pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y,

además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, si se tiene o no un beneficio transicional, o si se está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se radica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo...". (Negrilla fuera de texto)

A su vez, se reitera en las comentadas decisiones, que la acción dirigida a dejar sin efectos dicho traslado es inescindible del derecho a la Seguridad Social, de suerte que comparte con éste la condición de **imprescriptible**.

Además, recuerda también la Corte, que la ineficacia ocasionada al momento de traslado de régimen no se convalida con los sucesivos traslados de fondos estando en el interior del mismo régimen **o su permanencia en éste por un periodo considerable**.

Respecto al traslado de los aportes y rendimientos financieros, así como los gastos de administración, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al **RAIS**, queda sin efectos todo lo ocurrido con ocasión y causa en tal acto, conforme a lo expuesto en las citadas Sentencias **SL1452, SL1688, y SL1689 de 2019 M-P**. CLARA CECILIA DUEÑAS.

Considera esta Sala, entonces, que es dable ordenar a **PORVENIR S.A.**, que proceda a entregar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por lo tanto, se deben trasladar la totalidad de los saldos de su cuenta de ahorro individual, toda vez que estos fueron ocasionados en virtud de sus cotizaciones, y es por ello, que estas, los bonos pensionales y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración, deben ser entregados al RPM administrado por **COLPENSIONES**.

En razón a lo vertido, y sin necesidad de más consideraciones, se confirmará la Sentencia consultada en lo atinente al traslado, pues la conclusión vertida de dejar sin validez el traslado de la demandante del RPM se ajusta a derecho, lo que se traduce en que se entienda que la demandante ha manifestado su afiliación a dicho régimen hoy administrado por Colpensiones, junto con los beneficios que sean aplicables a su caso.

Así mismo, con lo aquí considerado se tienen atendidos los alegatos de conclusión que fueron presentados por las partes, los cuales se despacharon negativamente en las respuestas dadas por la Sala a cada uno de los puntos de apelación, así como a la demandante, a quien se confirmará la decisión.

Costas

No habrá condena en costas toda vez que la sentencia de primera instancia se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Decisión

En mérito de lo expuesto, ésta Sala 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.

RESUELVE

PRIMERO: CONFÍRMASE la **Sentencia 17 del 30 de enero del 2020** proferida por el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali**, consultada, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia por lo anunciado.

TERCERO: Cumplidas las diligencias respectivas, vuelva el expediente al juzgado de origen para lo de su cargo.

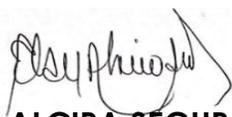
No siendo otro el objeto de la presente se firma en constancia como aparece.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado Ponente

(AUSENCIA JUSTIFICADA)

HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado


ELSY ALCIRA SÉGURA DIAZ
Magistrada