

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	DORA LIGIA CARDONA MEJÍA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-017-2021-00254-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Afiliación al RAIS.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.261

Santiago de Cali, ocho (08) de agosto de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el decreto 806 del 4 de junio de 2020 convertido en legislación permanente a través Ley 2213 de 2022, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 010 de 2022, se procede a dictar sentencia en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 187 del 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **MARIA ALEJANDRA MARTÍNEZ JARAMILLO** identificada con T.P. No. 263.972 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES

ANTECEDENTES

La señora **DORA LIGIA CARDONA MEJÍA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que, en consecuencia, se imponga a **COLPENSIONES** la obligación de recibirla en calidad de afiliada. **3)** Que se ordene a **PORVENIR** trasladar a la primera los recursos existentes en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, intereses, indexación y cuotas de administración.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en la demanda y visible a folios 1 a 11 Archivo 03 ED, así como en las contestaciones militantes a folios 2 a 8 Archivo 16 ED (Colpensiones) y folios 2 a 22 Archivo 17 ED (Porvenir).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 187 del 22 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual administrado por **PORVENIR S.A.** En consecuencia, ordenó a dicha AFP transferir a **COLPENSIONES** “(...) el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora DORA LIGIA CARDONA MEJIA , de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo al patrimonio propio de PORVENIR

S.A y por todo el tiempo que permaneció afiliada la demandante con el RAIS. (...)”. Así mismo, ordenó a **COLPENSIONES** recibir a la demandante como su afiliada, junto con los recursos descritos.

Fundamentó su decisión en que, en su criterio, la afiliación de la actora al RAIS fue ineficaz por violación al consentimiento informado, dado que la decisión de trasladarse a ese régimen no se observa libre y voluntaria como lo señala la normativa pertinente, lo que implica que deba regresar al RPMPD con todos los saldos obrantes en su cuenta de ahorro individual. Para arribar a esta conclusión, señaló que desde el inicio del Sistema General de Pensiones el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció que la afiliación a cualquiera de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, por lo cual se expidió el Decreto 692 de 1994 que en su artículo 11 detalló como se daba la afiliación, previa suscripción de formulario, aunado a que el artículo 271 de la Ley 100 protege aquella libertad de escogencia, la cual, no surtirá efectos de no cumplirse.

Frente a esto último, aseguró, debe estar precedida del consentimiento informado, que no es otra cosa que el discernimiento sobre las condiciones del sistema, otorgadas de manera transparente, permitiéndole al afiliado elegir la opción que mejor se acomode a sus intereses, destacándose de esta información un elemento determinante de la voluntad del afiliado, pues quien no tiene los datos necesarios se obligará contractualmente sin tener la conciencia de las características del contrato que celebra, con las nefastas consecuencias de afectar su futuro pensional, cuestión que abordada por la Jurisprudencia Especializada, que ha señalado el deber que tienen los fondos de acreditar que brindaron la información suficiente, sin que baste para ello el formulario suscrito, en tanto deben demostrar una asesoría completa sobre ambos regímenes (SL1452-2019 SL3341-2021), obligación que ha existido para estos desde su creación, aspecto que no puede descargar en el afiliado conforme se desprende del Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, a quien deben advertirse, incluso las consecuencias negativas de su decisión.

En ese sentido, consideró que en el asunto estudiado la afiliación de la demandante a la AFP accionada se dio con violación al consentimiento informado, toda vez que no milita prueba en el plenario que permita evidenciar que, durante la afiliación inicial de la actora hubiere recibido toda la información debida en acatamiento del deber del buen consejo, lo cual le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria, aspectos que, al ser desatendidos, dan lugar a la dejar sin efectos el nexo entre la demandante y **PORVENIR S.A.**

Con base en lo anterior, dijo que pese a que la accionante no estuvo afiliada antes a **COLPENSIONES**, en principio podría pensarse que, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS, no podía retornar al RPMPD; no obstante, como la citada ineficacia tiene que ver con el cumplimiento del deber de información, derivado del obrar de la AFP, sin importar el régimen anterior de la afiliada, dado que las obligaciones no dependen de este aspecto, sino de la satisfacción de los compromisos legales en cabeza de los fondos, esta circunstancia, sumada a la intención inequívoca de la actora de ser afiliada a la administradora del RPMPD, dan lugar a disponer su vinculación a esta entidad, postura sobre la cual indicó, ha sido aceptada por la Sala Laboral del Tribunal de Cali.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando, en síntesis, que en el proceso no quedó demostrado que esta entidad hubiere tenido injerencia durante su afiliación al RAIS, acto que se denota como libre, voluntario y sin presiones, no siendo admisible que varios años después pretenda la actora trasladarse al RPMPD, con lo cual genera un detrimento a esta administradora, aunado al riesgo en que se pone la sostenibilidad del sistema de pensiones al ser quien deba reconocer las prestaciones a la demandante pese a no haber administrado sus aportes. Indicó que, para el momento de la afiliación de la accionante, no existía normativa que exigiera a esta demandada la doble asesoría, aspecto enunciado a lo largo de estos procesos. Por último, solicitó la absolución en punto de las costas.

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó la revocatoria de las condenas impuestas toda vez que, en su criterio, la entidad cumplió el deber de información conforme lo previsto al momento de la vinculación de la actora, de tal forma que a través de sus asesores altamente calificados se le informaron las características, condiciones de acceso y limitaciones de cada régimen, permitiéndole definir de manera libre y voluntaria su afiliación al RAIS, por lo que no podía exigírsele

el cumplimiento de un deber surgido con posterioridad a la vinculación, tanto que, como lo ha reconocido la Jurisprudencia, para la época en comento se estaba en una etapa primigenia del deber de información donde las AFP solo estaban obligadas a informar las características de acceso a las prestaciones económicas en los regímenes pensionales, así como las posibles consecuencias de los traslados, obligación cumplida a cabalidad, sin tener la necesidad de dejar constancias escritas más allá del formulario de afiliación, pues en ese momento la entidad estaba amparada en el principio de confianza legítima, precisando que no podía aplicarse de manera retroactiva las condiciones nueva acerca del deber de información.

Explicó precisamente que el deber estudiado era de doble vía, y, por tanto, la persona debía acudir suficientemente informada al acto de afiliación, efectuar preguntas a los asesores o utilizar los canales de información de la entidad para absolver cualquier duda, y lo que hizo la sentencia fue despojar a la demandante de esa afiliación, dado que nunca se acreditó alguna queja o reclamo, resaltando que la manifestación de su parte solo ocurre cuando ya está inmersa en la prohibición de traslado, lo cual denota un descuido en su actuar, más si se observa que su divergencia no es con el deber de información, sino con las diferencias aritméticas de una eventual pensión de vejez, situación que no es óbice para la ineficacia, si se tiene en cuenta que en Colombia coexisten dos (2) regímenes pensionales, entre los que elige la persona a cual desea afiliarse.

Que, en el caso de la señora DORA LIGIA CARDONA MEJÍA habían puntos especiales que impedían la declaratoria de ineficacia, ya que contaba con características culturales y educacionales que la diferencian de otros afiliados, especialmente por ser profesional en derecho, señalando que tenía unos conocimientos base de seguridad social, condición que debe tenerse en cuenta, sumado a que antes de su afiliación a la AFP, no estaba afiliada a ninguna administradora del régimen público, y en ese caso, si producto de la ineficacia se debía entender que nunca estuvo vinculada al RAIS, sería un absurdo considerarla como tal aunque en un régimen al que nunca se vinculó. Así mismo, expresó que no tiene la razón la demandante al solicitar que como consecuencia de la ineficacia se ordene su afiliación al RPMPD, por cuanto al suscribir su afiliación renunció inequívocamente expresamente a pertenecer a dicho régimen, y en virtud de esto, la consecuencia es considerar que nunca estuvo afiliada a ningún régimen, premisa que reforzó diciendo que en los casos de ineficacia no pueden estudiarse de manera plana, sino en atención a sus aspectos particulares.

De otro lado, dijo que, si producto de lo decidido las cosas deben retrotraerse al estado anterior, resultaría improcedente la condena relativa a devolver los rendimientos, ya que debe entenderse que no estuvo la actora afiliada al RAIS, no se recibieron aportes, tampoco fueron gestionados, siendo inexistentes los rendimientos. En igual sentido, manifestó que no era viable la devolución de los gastos de administración, al no ceñirse esta orden a lo establecido en los artículos 1746 y 1747 código civil, en la medida en que no corresponde a la teoría de las restituciones mutuas cuando el acto jurídico es declarado nulo, y por tanto no puede ser obligada a devolver un bien, aportes, rendimientos, y al mismo tiempo los dineros invertidos para incrementar lo ahorrado. Además, manifestó que el descuento por estos gastos está autorizado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, destinados a la contraprestación a la correcta administración de la cuenta de ahorro, la seguridad de sus aportes, sin objetivo de financiar prestación alguna en favor de aquella, al paso que dijo que al concluir que la demandante permaneció en el RPMPD, en este también se efectúa dicha deducción, lo que supondría un detrimento de la entidad y un enriquecimiento sin causa en favor de la accionante, aunado a que tales gastos no tuvieron la finalidad de financiar prestaciones, por lo que al no haber obrado de mala fe o por fuera de la Ley, no tiene por qué devolverlos.

La Sentencia también se estudiará en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de julio de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y la parte demandante, los que pueden ser consultados en los archivos 05 a 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su afiliación al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las demás administradoras demandadas.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora **DORA LIGIA CARDONA MEJÍA** fue vinculada para laborar al servicio del Municipio de Santiago de Cali (f. 23 a 29 Archivo 17 ED).
- (ii) Que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado por **PORVENIR S.A.** el 30 de junio de 1995, entidad a la que se encuentra afiliada en la actualidad (f. 30 a 45 Archivo 01 ED).
- (iii) Que el 25 de marzo de 2016 la señora **CARDONA MEJÍA** solicitó su afiliación a **COLPENSIONES**, petición negada en comunicación de la misma fecha (f. 1 a 3 Archivo 02 ED).
- (iv) Que la demandante solicitó a **PORVENIR S.A.** la nulidad de su afiliación, reclamo al que no accedió esta AFP en comunicado de folio 4 a 6 Archivo 02 ED.

DE LA INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Para desatar la controversia propuesta, es necesario rememorar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, una sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse «*que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de*

Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014).

En tal sentido, resulta necesario tener en cuenta que la información es considerada como el derecho de todo ciudadano a enterarse sobre aquello que desconoce, de manera clara, detallada y transparente, acerca de situaciones que pueden llegar a ser de su interés; por ende, es un derecho fundamental, y correlativamente, una obligación del Estado garantizar su cumplimiento, máxime en tratándose de derechos pensionales, donde existen intereses y expectativas futuras de las personas, que por lo general, desconocen las diferentes características que han de tener cada uno de los regímenes pensionales dentro del sistema.

Lo anterior se da por cuanto, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° del artículo 97, la obligación para las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Como se desprende de lo expuesto, desde su creación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

De lo anterior se extrae también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si la decisión del afiliado no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la **selección inicial de régimen pensional** hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente, en especial, el formulario de afiliación de la demandante a la **AFP PORVENIR S.A.** (f. 45 Archivo 17 ED), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *“afirmaciones o*

negaciones indefinidas”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)” (Sentencia SL2817-2019).

De ahí que, contrario a lo sostenido por la apoderada de **PORVENIR S.A.**, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

Y es que la asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP **PORVENIR S.A.**, mismo que según el artículo 15 del decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de la AFP dirigida a la demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3º del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

Ahora, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Corporación que al no establecerse tarifa legal de prueba, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquier de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que la afiliación se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

De igual modo, aunque el fondo pensional asegura, como lo hizo su apoderado, que la información brindada a la accionante fue oportuna, suficiente y clara, indicando además que la demandante fue ilustrado sobre las características y particularidades del RAIS y que la asesoría sobre la afiliación cumple con los requisitos de ser informada, libre y autónoma, la Sala no comparte estos argumentos, por cuanto, reitera, en el expediente no obra prueba que permita inferir que la **AFP PORVENIR**, entidad a la cual se afilió en primera ocasión la accionante, cumplió con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas que ofrece cada uno de los regímenes pensionales.

Tampoco tiene asidero, que la AFP recurrente soporte su defensa en condiciones personales de la demandante, como, por ejemplo, los estudios en derecho que aceptó en interrogatorio haber adelantado (Min. 24:35 a 35:20 Archivo 22 ED), pues, a decir verdad, ello no asegura que hubiere podido tener acceso a información o conocimiento sobre el funcionamiento del RAIS en perspectiva de su posición personal, sumado a que, no puede justificarse desde este planteamiento el pretender desligarse de las obligaciones de la entidad para con sus afiliados a la hora de asesorarlos en el momento de la vinculación.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien la demandante lleva afiliada al RAIS más de dos (2) décadas, esta circunstancia por sí sola no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando la accionante se afilió, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, **sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y mucho menos con la reasesoría, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).**

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, pues es precisamente cuando ya se encuentra *ad- portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que lo llevaron a aceptar su vinculación al RAIS fueron ilusorias, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de obtener mejores prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado, la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de **PORVENIR S.A.** el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

De igual forma, es preciso señalar que, en contraposición a lo alegado por la mandataria de la AFP, pese a que como se advierte, la demandante nunca estuvo afiliada al entonces **ISS** o a una caja de previsión que se integrara al RPMPD creado por la ley 100, no por este hecho sea dable considerar que no tenía la opción de escoger el régimen que más le favoreciera entre las dos posibles opciones que se le presentaban (RPMPD y RAIS), por cuanto es evidente que tenía la oportunidad de afiliarse a uno u otro, según se le explicitara cual podría serle el más favorable; obviamente, también era titular del derecho a seleccionar el régimen con la garantía que instituyó la ley, esto es, el derecho a ser informada cabalmente sobre las condiciones de los regímenes del sistema. Una conclusión en sentido contrario comprometería el principio de igualdad, avalando un trato discriminatorio frente al grupo de población que no venía afiliado con anterioridad a un ente de seguridad social integrado al RPMPD, como si no fueran aquellos destinatarios del derecho de información para resolver acerca de la selección de régimen, instituido en las voces del artículo 271 de la ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, al declararse la ineficacia de su vinculación inicial al RAIS, es lo procedente, como lo dijo el Juez de primer grado, que la señora **DORA LIGIA CARDONA MEJÍA** pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, evidenciándose en el *sub-júdice* que es su voluntad o interés manifiesto pertenecer al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**, como se extrae de las pretensiones de la demanda, y se puso en evidencia ante el ente de seguridad social al solicitar la afiliación a esta entidad (f. 1 Archivo 02 ED), que fuera negada por su edad (f. 2 a 3 Archivo 02 ED).

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional

supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por la afiliada, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer la afiliada, para el *sub-lite*, el 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).

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que **PORVENIR S.A.** no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no remitirlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de **COLPENSIONES**, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas, **todo en procura de impedir la configuración del detrimento económico anunciado por el apoderado de esta entidad.**

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la 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 pagode mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por **los gastos de administración en que hubiere incurrido,** los cuales deberán ser asumidos debidamente indexados por **PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, SalaLaboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a los rendimientos habría que indicar que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

Resulta relevante mencionar que entre los valores a remitir a **COLPENSIONES**, deben incluirse indefectiblemente los citados gastos recibidos por **PORVENIR S.A.**, pues pese a que, tanto el Literal B del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, como el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 – Compilado en el Decreto 1833 de 2016, no contemplan el traslado de estos recursos una vez se produce el traslado de régimen pensional, no puede pasarse por alto que la normativa en comento está direccionada a regular situaciones jurídicas que al cumplir con las exigencias legales para su materialización, surten plenos efectos; circunstancia que no es la acaecida en el presente asunto, por cuanto se parte de una afiliación imperfecta, que se reitera, no llenó las exigencias legales para su consolidación, debido al incumplimiento de la AFP en su deber de información, generando como consecuencia que dicho acto sea ineficaz, y así mismo, por efectos de lo señalado en el ordenamiento legal y la intención de la demandante, deba disponerse su afiliación al RPMPD, hecho respecto del cual no debe acudir la Sala a estudiar otras cuestiones como la correcta o incorrecta administración de los recursos por parte del fondo de pensiones.

De igual forma, tampoco debe verificarse si lo correspondiente por gastos de administración no reposa en las arcas de la entidad, en atención a las pólizas y seguros contratadas por la administradora del RAIS, pues desde el acto irregular, los mismos deben efectuarse al RPMPD. De ahí que las AFP deban responder por tales gastos, como se dijo en precedencia, con cargo a su propio peculio (Sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y recientemente en la SL638-2020 del 26 de febrero)

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para **COLPENSIONES** y la actora.

En este orden de ideas, como el asunto bajo estudio también se conoce en consulta de **COLPENSIONES**, y en atención a que los fondos privados están en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular de la demandante, pues se reitera, esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD (CSJ SL4609-2021), habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido condenar a **PORVENIR S.A.** a que, dentro de los recursos a trasladar a **COLPENSIONES**, incluyan el porcentaje de las primas de seguro previsional correspondiente al periodo en que la demandante estuvo afiliada, esto con cargo a su patrimonio, y que, al igual que los gastos de administración, deben remitirse debidamente indexados.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de nulidad se encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Por último, en lo atinente a la condena en costas fulminada en contra de **COLPENSIONES**, es menester indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 CGP, este concepto tiene naturaleza netamente procesal, y su imposición está atada a los resultados del proceso, puesto que en este momento se define cual extremo de la Litis es acreedor o deudor de las mismas, sin necesidad de analizar situaciones de buena o mala fe de los Litigantes.

Consecuencia de lo expuesto, se adicionará la sentencia de primer grado en el aspecto descrito, confirmándose en lo demás. Las costas de esta instancia están a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera 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: ADICIONAR el numeral TERCERO de la parte resolutive de la Sentencia No. 187 del 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, a efectos de:

- **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que, dentro de los recursos a trasladar a **COLPENSIONES**, incluya el porcentaje de las primas de seguro previsional, correspondientes al periodo en que la señora **DORA LIGIA CARDONA MEJÍA** estuvo afiliada a dicha entidad, con cargo al patrimonio propio, rubros los cuales, al igual que los gastos de administración, deben ser entregados debidamente indexados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Las **COSTAS** de esta instancia están a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una.

NOTFÍQUESE, PUBLÍQUESE y CÚMPLASE

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
act. judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
S A L A 1ª DE DECISION L A B O R A L

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

En mi calidad de magistrado integrante de la Sala me permito apartarme y hacer salvamento parcial de voto a la presente sentencia por los motivos que me permito exponer a continuación.

No resulta procedente el estudio del grado de CONSULTA de la sentencia por cuanto COLPENSIONES presentó recurso de apelación, ello es así por cuanto el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, resultan excluyentes entre sí.

Así lo determinó la Corte Constitucional en **sentencia T-1092 de 2012** cuando determinó la incompatibilidad del recurso de apelación con la consulta dentro de los procesos ordinarios de la especialidad laboral, veamos:

4. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional la apelación y la consulta tiene una misma finalidad, que es revisar las decisiones del juez de primera instancia para corregir los errores de esa providencia, y que el fallo que haga tránsito a cosa juzgada se expida conforme al ordenamiento jurídico¹. *“De ahí que, como lo sostiene un amplio sector de la doctrina procesalista, si la parte en cuyo favor se estableció la consulta recurre en apelación, no es necesaria la misma, pues por sustracción de materia quedaría sobrando”*².

Bajo este supuesto, las herramientas procesales referidas son formas diferentes de agotar el proceso laboral. Así, en el evento en que se tramite y decida el recurso de apelación el juicio ordinario terminará, siempre que no se proponga o proceda la casación. Lo propio ocurre con la consulta, pues dicho instituto procesal es indispensable para que la decisión adoptada por el *a-quo*, que es totalmente adversa al trabajador o la entidad territorial, quede ejecutoriada, y el proceso llegue a su fin³. En efecto, ese grado jurisdiccional *“es un trámite obligatorio en los casos en que la ley lo exige y que, tratándose del contencioso laboral, dicho grado jurisdiccional deberá inexorablemente surtirse en los eventos de que trata el canon 69 del C.P.”*⁴.

La Corte estima que la consulta y la apelación son excluyentes entre sí, de modo que no proceden de forma simultánea. Es más, el instituto procesal estudiado es independiente de los recursos, por cuanto sobrepasa los factores de competencia⁵. Además, la consulta no está regulada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo⁶, norma que señala cuáles son los recursos existentes para atacar las providencias en los procesos adelantados ante la jurisdicción laboral. Lo expuesto en razón de que *“propende por la realización de objetivos superiores como el interés general de la Nación, la consecución de un orden justo y la prevalencia del derecho sustancial”*⁷.

Así también se ha manifestado en aclaraciones de voto en providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia **SL 3202-2021, SL 3047-2021, SL 3199 –2021 y SL 3049-2021**⁸:

“CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente
ACLARACIÓN DE VOTO
Recurso Extraordinario de Casación
Radicación n.º 87999
Acta 25

Referencia: Demanda promovida por **EDUARDO VICARIA GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso casar el fallo absolutorio de segundo nivel, respecto de los argumentos esbozados en sede de instancia, relacionados con el grado jurisdiccional de consulta que se indica se surte a favor de Colpensiones, me permito aclarar lo siguiente:

En la referida providencia se sostuvo que se procedería a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones «*en lo no apelado*».

Sobre el particular, debo señalar que aun cuando esta la Sala de manera mayoritaria, ha venido sosteniendo que la sentencia condenatoria contra entidades territoriales, y aquellas donde el Estado es garante, debe ser consultada independientemente de si es apelada o no por esta, lo que obliga al juez de segundo grado, en razón de ese grado jurisdiccional, a pronunciarse respecto de aquellos puntos que no fueron apelados, en mi prudente juicio ello no es así, como se pasa a explicar.

El recurso de apelación hace parte del principio de la doble instancia y del derecho de defensa, teniendo como objeto defender una postura, refutar y contradecir los argumentos de la providencia, haciendo ver de manera lógica y jurídica aquellos aspectos de la sentencia que se consideran contrarios a nuestro ordenamiento constitucional, legal o la jurisprudencia y lesivos a los intereses de la parte que se representa, buscando que el superior la revoque o modifique, correspondiendo al apelante definir el alcance de la alzada, que en últimas limitan la competencia del superior, excepto cuando estén de por medio beneficios mínimos irrenunciables del trabajador.

La reforma introducida por la Ley 1149/07, en su artículo 14, amplió el campo de aplicación de la consulta frente a entidades donde el Estado sea garante, cuyo objetivo es que, ese grado jurisdiccional se surta siempre y cuando no sea apelada, como expresamente lo establece en el inciso segundo, al indicar que las decisiones de primera instancia «**serán necesariamente consultadas con el respectivo Tribunal si no fueron apeladas**», y aun cuando este párrafo se refiere al trabajador, afiliado o beneficiario, no puede mirarse aisladamente el tercer inciso en donde se consagra la consulta para entidades del orden territorial y aquellas donde el Estado sea garante, para concluir que, como allí no se limitó de manera expresa la procedencia de esta, opera con independencia de que sea apelada o no por la parte a la que le fue adversa, puesto que el fin último de la disposición es que esos fallos tengan una revisión por parte del Tribunal cuando no sean apelados, para evitar sentencias que puedan afectar los derechos de los trabajadores o el patrimonio público.

Así las cosas, cuando la entidad accionada, en este caso Colpensiones, presenta recurso de apelación respecto de algunos puntos de la sentencia y frente a otros no, quiere decir que está conforme con lo allí decidido en cuanto a estos, en cuyo caso, el juez colegiado no tendría facultad para pronunciarse en lo atinente

a la decisión del juzgado que no fue objeto de apelación, por mandato expreso del artículo 66 A adicionado por el artículo 35 de la Ley 712/01, que preceptúa: «Principio de consonancia. La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, **deberá estar en consonancia con las materias objeto de recurso de apelación**», (Negrillas fuera de texto).

Y no puede ser de otra manera porque si la razón de ser de ese grado jurisdiccional de consulta es dar origen a una segunda instancia y obtener una revisión oficiosa del fallo, ese objetivo se consuma a cabalidad con la interposición del recurso de alzada. Una interpretación contraria, no solo quebranta la norma antes mencionada, sino que también crea una desigualdad respecto del trabajador, afiliado o beneficiario, parte débil del litigio, frente a quien solo opera la consulta cuando la providencia que le es desfavorable, no es apelada, más no, cuando, se hace uso del recurso de alzada de manera parcial, evento en el cual el juez colegiado no se ocupa oficiosamente de estudiar aquellos puntos que no fueron objeto de apelación. En los anteriores términos dejo aclarado mi voto. **GERARDO BOTERO ZULUAGA Magistrado**

El magistrado,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy García García

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 010 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: **ba00a1a4c5b48149fb009ba831a2207d872f4679f260755535b3a07488109726**

Documento generado en 05/08/2022 03:46:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>