

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	SOFY LORENA QUIJANO APONTE
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS, PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2019-00837-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 165

Santiago de Cali, cuatro (04) de junio de dos mil veintiuno (2021)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 012 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y consulta a favor de la misma en lo no incluido en la alzada, respecto de la sentencia No. 260 del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 3 a 10 del expediente; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 65 a 72, PROTECCIÓN a folios 106 a 129, PORVENIR S.A. a folios 156 a 172, los cuales en gracia de la brevedad y el 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 260 del 19 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, se declaró no probadas las excepciones propuestas, en consecuencia declaró la ineficacia del traslado de la demandante de RPM COLPENSIONES al RAIS HORIZONTES hoy PORVENIR, realizado el 30 de noviembre de 1994, así como sus posteriores traslados a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

A la par, ordenó a COLPENSIONES admitir a la actora en el RPM sin solución de continuidad y sin cargas adicionales para la afiliada, conservando el régimen al que tenía derecho, una vez PROTECCIÓN realice el traslado de los aportes; ordenando a la par a PROTECCIÓN que traslade a COLPENSIONES todos los aportes realizados al RAIS, con sus respectivos rendimientos financieros.

Absuelve a PORVENIR y COLFONDOS de las pretensiones de la demanda, condenando en costas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN, fijando como agencias en derecho la suma de \$877.803 a cargo de cada una.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que no existe evidencia que los asesores de HORIZONTE hoy PORVENIR, PROTECCION y COLFONDOS explicaran a la accionante las consecuencias y expectativas frente al cambio de régimen al momento que se concretara su derecho pensional, es decir, que además de la bondades del régimen de ahorro individual con solidaridad, la actora estuviera enterada igualmente de las consecuencias negativas que podrían presentarse con el traslado de régimen, y así informada de todos los puntos, tanto negativos como positivos, pudiese tomar la decisión de cambio de régimen.

Señala que la actuación viciada de régimen no se convalida con los traslados entre administradora del RAIS, indicando que la decisión de escoger entre una y otra administradora del RAIS y la permanencia en el mismo no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

Reitera que no se aportó sustento probatorio alguno por parte de las AFP accionadas de haber brindado a la demandante información clara, correspondiéndoles la carga de la prueba. Señala que tampoco se observa comunicado dirigido a la accionante a fin de que se acercara a recibir la asesoría necesaria del derecho que tenía de retractarse de la afiliación ni respecto a la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo dispuesto en el decreto 3800 de 2003 y la fecha límite para ejercer ese derecho. Agrega que el comunicado de prensa emitido en general para todos los afiliados no suple la información que en tal sentido debía hacer en forma directa a la actora.

Frente a la prescripción indica que no prospera por cuanto la asignación a un determinado régimen pensional es un derecho inherente a la pensión, que no se encuentra afectado por el fenómeno extintivo.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES S.A.** interpone recurso de apelación indicando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, dado que, a la fecha cuenta con 56 años de edad y es candidata a obtener la pensión de vejez, aunado a que se afilió en principio al RPM y se trasladó al RAIS a través de PORVENIR en 1998, posteriormente en abril de 2008 se trasladó a COLFONDOS y finalmente en noviembre de 2009 solicitó traslado a PROTECCIÓN.

Agrega que le compete a la actora la demostración en punto a la pérdida de un régimen de transición o la expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, pues no demostró vicio de consentimiento o haber sido asaltada en su buena fe al momento en que se trasladó de régimen pensional, como lo alega en la demanda. Expone que para el momento de la afiliación era imposible predecir los ingresos base de cotización sobre los cuales cotizarían los demandantes durante los próximos años y calcular una futura mesada pensional real, pues los ingresos económicos podrían variar en relación con los reportados en la historia laboral al momento del traslado.

Indica además que la demandante se encuentra afiliada válidamente al RAIS como lo demuestra su firma en diversos formularios de afiliación en las administradoras de fondos de pensiones privados y su permanencia por más de 22 años, sin mostrar inconformidad alguna en sus cotizaciones.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia y en su lugar se disponga absolver a COLPENSIONES de las pretensiones.

El presente asunto se estudiarà igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSION SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal, la parte DEMANDANTE y DEMANDADAS PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES presentaron alegatos, los cuales fueron considerados en esta instancia y pueden ser consultados en el expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

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

De salir avante la pretensión de accionante, se deberá analizar si operó el fenómeno de la prescripción frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de rendimientos, los gastos de administración y las cuotas de seguro.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se evidencia dentro del presente asunto: **(i)** que el demandante estuvo afiliado al Regimen de Prima Media entre el 9 de abril de 1987 y el 30 de septiembre de 2000, cotizando un total de 305,43 semanas (fl. 17 a 26); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 30 de noviembre de 1994 (fl. 176), con efectividad a partir del 1 de diciembre de 1994 (fl. 152), retornando a COLPENSIONES el 25 de marzo de 1998 (fl. 152), por proceso de cesión por multivinculación a partir del 1 de junio de 1998 se tuvo como valida afiliación de la demandante a PORVENIR, efectuando traslado el 30 de abril de 2001 a HORIZONTE (fl. 129); posteriormente se traslado a COLFONDOS el 22 de febrero de 2002 (fl. 53), con efectividad a partir del 1 de abril de 2002 (fl. 152) y luego a PROTECCIÓN el 25 de septiembre de 2009 (fl. 130), con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2009 (fl. 152), donde cotizó un total de 510 semanas (fl. 12) **(iii)** que en total el demandante ha cotizado 1201,57 semanas (fl. 12); **(iv)** que la demandante solicitó a COLPENSIONES la nulidad de traslado del 15 de enero de 2019 (fls. 27 y 28), la cual fue negada mediante oficio No. BZ2019_544595-0117979 del 15 de enero de 2019 (fl. 20 y 21).

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar 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, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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 línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de 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 desprende 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 tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar que la selección 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 allegadas al expediente, específicamente, en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 176), COLFODNOS (fl. 153) y PROTECCION (fl. 130), nada se indica respecto las consecuencias que trajo consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, 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, por lo que al no cumplirse con tal deber de información por parte de la AFP, se traduce en su inducción al error del afiliado, lo que constituye uno de los vicios de consentimiento, razón suficiente para desestimar los argumentos de las demandadas.

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 al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aun cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad.

No debe perderse de vista que el hecho que la demandante se hubiere trasladado de fondos dentro del mismo régimen no genera *per se* la subsanación de la nulidad, pues la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que *“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”* (Sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989), más aun cuando no se demostró por las Administradoras del régimen de Ahorro Individual vinculadas a la litis, haber cumplido con la obligación de información.

Se aclara igualmente que en el presente asunto lo que se pretende es la demostración de vicios del consentimiento en la vinculación del demandante al Régimen de Ahorro Individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., que dan lugar a la nulidad del traslado del RPM a dicho Fondo, y que va encaminado a restablecer las condiciones anteriores a este acto; y no se trata, como lo pretende el recurrente pasivo, del retorno del demandante al régimen de prima media, conforme las hipótesis planteadas por la norma y la jurisprudencia, pues claramente el contexto de la demandante se encuentra por fuera de estas.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de las AFP accionadas el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz.

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 ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no retornarlos 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, incluyendo para tal efecto los gastos de administración indexados.

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 pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de

administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos indexados por la AFP PORVENIR a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 CC. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 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.

Atendiendo lo expuesto, corresponde la devolución de los gastos de administración a favor de COLPENSIONES, por parte de PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCION, entidades respecto de las que procedió la ineficacia de la afiliación, en consecuencia, tiene la obligación de retornar el dinero que por este concepto recibieron de la señora SOFY LORENA QUIJANO APONTE durante el tiempo que esta estuvo afiliada a aquellas, aspecto este en que se adicionará la sentencia de primer grado.

Asimismo, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, de ahí que no prospere tampoco en este sentido lo argüido por el recurrente pasivo. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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 investida 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se ADICIONA el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia recurrida en el sentido de CONDENAR a PROTECCIÓN a retornar a COLPENSIONES no solo los aportes realizados, junto con los rendimientos, sino también los gastos de administración que se hubiere descontado a la señora SOFY LORENA QUIJANO APONTE, así como también deberán hacerlo las AFP PORVENIR y COLFONDOS durante el tiempo que la demandante permaneció afiliada a esas AFP. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES las cuales se liquidarán por el juez de conocimiento. Se fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a MEDIO SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia No. 260 del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

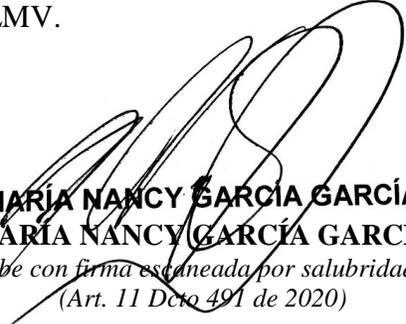
- CONDENAR a PROTECCIÓN a retornar a COLPENSIONES no solo los aportes realizados, junto con los rendimientos, sino también los gastos de

administración que se hubiere descontado a la señora SOFY LORENA QUIJANO APONTE, así como también deberán hacerlo las AFP PORVENIR y COLFONDOS durante el tiempo que la demandante permaneció afiliada a cada una de estas AFP.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma el quivalente a MEDIO SMLMV.

Los Magistrados,



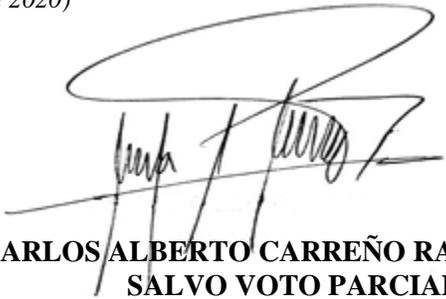
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*

Firma digitalizada para
uso judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL

03