

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	MARIA EUGENIA GOMEZ GORDILLO
DEMANDADOS	COLPENSIONES, OLD MUTUAL y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-016-2018-00676-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 194

Santiago de Cali, treinta (30) de julio 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° 014 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de esta última, respecto de la sentencia No. 121 del 25 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 2 a 9 del expediente; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 68 a 72, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA a folios 79 a 94 y en la respuesta de PORVENIR S.A. a folios 103 a 120, 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. 98 del 8 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declarando en consecuencia la ineficacia de la afiliación de la demandante a PORVENIR y OLD MUTUAL y ordenando el traslado de los dineros de la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, y a su vez a esta última Administradora aceptar el retorno de la actora al RPM.

Emite condena en costas en contra de OLD MUTUAL y PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigente.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que en el presente asunto no se demostró haber brindado a la demandante información clara sobre las consecuencias del traslado del régimen, pues no se hizo presente ninguna de los intervinientes en la asesoría y

de la prueba documental no se evidencia que se hubiere informado acerca de las desventajas y beneficios que le reportaba el RAIS respecto al RPM, a pesar de existir voluntad de afiliación.

Respecto de la prescripción indica que la ineficacia de la afiliación no se extingue por prescripción pues desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos pudiendo los afiliados al sistema general de pensiones solicitarla en cualquier tiempo para que se declare la ineficacia o la nulidad del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpone recurso de apelación señalando que al demandante no le asiste derecho a trasladarse de régimen pues no se demostró que se le hubiere engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses o se haya ejercido presión o acción sobre la misma, mas aun cuando han permanecido al régimen de ahorro individual con solidaridad por muchos años sin manifestar ninguna inconformidad al respecto, o sobre el desempeño y administración.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la AFP de las condenas impuestas; señalando que se cumplió con el deber de información que le era exigido a la AFP en los años en que se realizó la afiliación de la demandante, calenda para la cual sólo le era exigible el diligenciamiento del formulario de afiliación, indicando que no se puede dar aplicación retroactiva a normas que establecen, por ejemplo, la obligación de realizar proyecciones pensionales, doble asesoría, o incluso llegar a desincentivar las afiliaciones realizadas por los afiliados, en la medida que surgieron con posterioridad a la fecha de afiliación de la actora.

Señala que la rúbrica en el formulario de afiliación es una manifestación de la voluntad de la demandante de estar vinculadas al RAIS, documento que refiere es *ad substantiam actus*, y no un mero requisito formal, pues sin el mismo no podría nacer a la vida jurídica la vinculación de las demandantes. Refiere que en las leyendas que tiene cada uno de los formularios se indica que fue informada sobre las características del RAIS.

Expone que la demandante estuvo afiliada al RAIS por mas de 20 años e incluso realizó traslados horizontales lo que ratifica su intención de permanecer en dicho régimen, pues teniendo la posibilidad de retornar al RPM, no lo hicieron. Resalta que ASOFONDOS en el año 2003 emitió un comunicado en el que les informaba a los afiliados el periodo de gracia que tenían para retornar al RPM, pero la accionante no lo hizo, de lo que se infiere la voluntad de la actora de permanecer en la AFP.

Asevera que debe tenerse en cuenta el elemento de la capacidad sobre una posible nulidad relativa, la que ademas refiere no puede ser declarada por no reunirse los requisitos. Agrega que no existe una normatividad que indique como consecuencia de una afiliación desinformada la ineficacia de la afiliación, la cual ha surgido por interpretación jurisprudencial, pero cuyo poder sólo estaría en cabeza de la rama legislativa.

Indica que es errado considerar que se vulnera el artículo 241 de la Ley 100 de 1993, cuando se indica que no se dio información al afiliado, pues lo cierto es que dicho artículo se refiere es la obstrucción de afiliarse.

Manifiesta que no es de recibo que la AFP deba retornar todos los aportes que fueron realizados por el afiliado a su cuenta de ahorro individual durante el tiempo que estuvo afiliada con esta, que representan la cotización del 16%, dado que el 4% de estos tienen una destinación distinta, una de ellas va para el fondo de pension de garantía mínima, las otras van para los seguros provisionales, rubro que no está en poder de la Administradora, pues fueron trasladados a terceros. Agrega que durante el tiempo que PORVENIR tuvo los dineros

de la demandante los ha administrado de forma correcta, siempre procurando generar la mayor cantidad de rendimientos.

Expone que la actora no estaba totalmente desinformada, pues se observa en el expediente administrativo derecho de petición en la que solicita información relacionada con los excedentes de libre disponibilidad.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 29 de junio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los demandados, los que pueden ser consultados en los archivos 06 a 08 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra 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 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 Régimen de Prima Media entre el 1 de junio de 1983 a 31 de mayo de 1994 (carpeta administrativa COLPENSIONES), cotizando un total de 604 semanas (fl. 29-30, archivo 01DemandaAnexos); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 27 de julio de 1994, con efectividad a partir del 1 de junio de 1994 (fl. 175), que luego se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL el 4 de junio de 2007 (fl. 95), con efectividad a partir del 1 de agosto de 2007 (Fl. 175), aportando 370 semanas a dicha AFP, y finalmente retornó a PORVENIR, el 1 de septiembre de 2014 con efectividad a partir del 1 de noviembre de 2014 (fl. 175), administradora en la que alcanzó 679 semanas (fl. 21); **(iii)** que en total el demandante ha cotizado 1651 semanas; **(iv)** que la actora diligenció formulario de afiliación a COLPENSIONES el 14 de junio de 2013 (carpeta administrativa) la cual le fue rechazada mediante oficio No. BZ2013_7041316-0180357 del 17 de enero de 2014 (Carpeta administrativa), bajo la causal *traslado de régimen menor o igual a diez años – Ley 797 de 2003*; y elevó nueva solicitud el 5 de octubre de 2018 (fl. 35), atendida mediante oficio No. 2018_12626888-16840374 del 5 de octubre de 2018 (fl. 36), arguyendo que: *“no es procedente dar tramite a su solicitud por cuanto la información consultada indica que se encontra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse”*.

Pasando al asunto *sub-judice* 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, 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, 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 precisa que al plenario únicamente se allegó formulario de afiliación a SKANDIA hoy OLD MUTUAL de fecha 4 de junio de 2007 (fl. 95), extrayéndose la información de los traslados que realizó en el Regimen de Ahorro individual la demandante de la consulta a ASOFONDOS de fecha 24 de noviembre de 2019 (fl. 175, archivo 01DemandaAnexos.

Si bien a folio 114 del expediente se observa extracto de publicación en prensa con artículo titulado *"10 puntos sobre el traslado entre regímenes pensionales"* no está denotando el cumplimiento por parte de la Administradora de su deber de información frente a la afiliada, en tanto ninguna referencia concreta al asunto de la accionante se hace allí, para tener por cumplido el deber de asesoría que le asistía a las demandadas.

Igualmente, es preciso señalar que si bien la accionante realizó petición referente a la modalidad de pension y excedentes de libre disposicion, a la que se dio respuesta en oficio del 9 de marzo de 2018 (fl. 195), ello no significa que la accionante conociera certeramente las consecuencias que le acarreó el cambio de régimen pensional, pues ello únicamente denota que la demandante aparentemente conocía algunos de los beneficios del RAIS, mas no las diferencias de este régimen con el RPM, y cuál era su mejor opción pensional. Incluso se evidencia a folios 109 y 110 derecho de petición del 24 de septiembre de 2014, que elevó la actora previo a la petición antes eludida, en la cual ponía de presente a OLD MUTUAL que no pudo efectuar el traslado a COLPENSIONES por no cumplir con los requisitos de la sentencia SU062 , por no haberse trasladado antes de los 47 años, en consecuencia, es claro que desde esa calenda la accionante había perdido la oportunidad de retornar al RPM por no contar con la asesoría correcta del Fondo pensional al que se encontraba afiliada.

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.

Es preciso igualmente indicar, conforme al recurso interpuesto por la apoderada de PORVENIR que, si bien la competencia para expedir leyes recae en la rama legislativa, no se puede perder de vista que las altas cortes tienen como principal función realizar una interpretación teleológica de las disposiciones normativas, en consecuencia no le es dable al Juez desconocer el precedente sentado por estas. El órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral expuso en la sentencia SL2879 de 2020 que, *"...el respeto al precedente es una condición necesaria para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite"*.

Corolario de lo antelado estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de PORVENIR 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.

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, por lo que debe recibir para tal efecto las cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos y los gastos de administración.

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 debidamente indexados por la AFP PORVENIR y PROTECCIÓN a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. 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.

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, integrados 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.

En este orden de ideas, habrá de modificarse y adicionarse el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante, junto con los rendimientos, bono pensional, de existir, porcentaje de garantía de pensión mínima, gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. Igualmente, se ordena a OLD MUTUAL trasladar al RPM los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que la actora estuvo afiliada a dicha AFP.

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 modifica y adiciona el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante, junto con los rendimientos, bono pensional, de existir, porcentaje de garantía de pensión mínima, gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional, estos últimos con

cargo a su propio patrimonio. Igualmente, se ordena a OLD MUTUAL trasladar al RPM los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que la actora estuvo afiliada a dicha AFP, con cargo a su patrimonio. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, que deberán ser canceladas en partes iguales por las Administradoras.

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: MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutoria de la sentencia No. 121 del 25 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES los aportes efectuados por la señora MARIA EUGENIA GOMEZ GORDILLO, junto con los rendimientos, bono pensional, de existir, porcentaje de garantía de pensión mínima, gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional, estos dos últimos con cargo a su propio patrimonio.

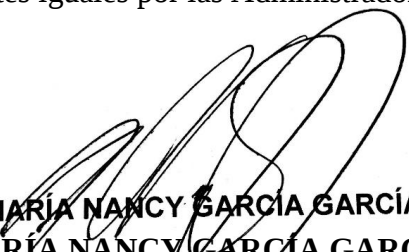
SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la parte resolutoria de la sentencia No. 121 del 25 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- ORDENAR a OLD MUTUAL S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que la señora MARIA EUGENIA GOMEZ GORDILLO estuvo afiliada a dicha AFP, con cargo al patrimonio de la Administradora.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a UN (1) SMLMV, que deberán ser canceladas en partes iguales por las Administradoras.

Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

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


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salva voto parcial por la consulta