

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARIA EMMA MARTÍNEZ QUINTANA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-003-2020-00375-01
SEGUNDA INSTANCIA	Recurso de apelación COLPENSIONES y PORVENIR y consulta en favor de la administradora del RPM
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 218

Santiago de Cali, cinco (05) de agosto 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° 015 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 en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 326 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada SANDRA MILENA PALACIOS MENA identificada con T.P. No. 302.333 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 2 a 19 del archivo 01Expediente.pdf y su subsanación a folios 63 a 78; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 131 a 139 del archivo 01Expediente.pdf y de PORVENIR obrante en los folios 299 a 327 del archivo 01Expediente.pdf, 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. 326 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, se declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR.

En consecuencia, ordenó a la AFP trasladar los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, así como ordenó a COLPENSIONES aceptar a la actora en el RPM.

Por último, condenó en costas a PORVENIR, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que, al analizar las pruebas obrantes en el expediente, no existe documento idóneo que acredite que cuando el actor tomó la importante decisión de trasladarse de régimen, fue debidamente informado por PORVENIR de manera clara, suficiente y calificada sobre las consecuencias que acarrearía dicha determinación, por lo que concluye que se dio una mala información y eso deviene en la ineficacia del traslado que se reclama.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación señalando que la demandante a la fecha cuenta con más de 47 años de edad y para la época del traslado al RAIS registrado en COLPENSIONES estaba en todo el derecho de hacer dicha afiliación, lo que indica fue un procedimiento acorde a la ley, toda vez que de haberse negado al traslado de la demandante estaría incurriendo en una violación a la libre elección que a ella le asistía.

Considera que la afiliación al RAIS se dio por virtud del derecho a la libre elección de la demandante, por lo que no existe ningún vicio en el traslado.

Finaliza señalando que no es procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado toda vez que tal como lo indica el artículo 2° de la ley 797 de 2003, los afiliados solo podrán trasladarse de régimen cuando les falte diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez y teniendo en cuenta que la aquí demandante esta próxima a adquirir su derecho pensional, legalmente no le está permitido trasladarse de régimen.

Por lo anterior solicita que se revoque el fallo proferido y se despachen desfavorablemente todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación señalando que la entidad siempre actuó de buena fe y que la voluntad de la demandante se encuentra consagrada en el formulario de afiliación, el cual cumple con los parámetros establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, siendo el mismo prueba suficiente del traslado libre y sin presiones que se realizó por la actora, lo cual se ratifica con el traslado horizontal realizado en el año 1997 a Horizonte.

Indicó que la AFP cumplió con todas las obligaciones que se hallaban a su cargo en el año 1994, es decir las consagradas en el artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y no se establecía el deber de información que se reclama en la demanda, pues dicha obligación surgió a partir del artículo 3° del decreto 2071 del año 2015, es decir, 21 años después que se produjo el traslado de la demandante.

Agregó que la actora nunca manifestó ningún tipo de inconformidad, queja o solicitud sobre la gestión que había realizado la AFP desde el año 1994 y la reclamación surge cuando la demandante evidencia que no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que permite concluir que el deseo de retornar al RPM no se debe a la supuesta falta al deber de información, si no razones de carácter económico frente a la expectativa del monto de la pensión.

Considera que como lo discutido no es el derecho pensional en sí sino el acto de afiliación, sobre el mismo sí opera la prescripción en los términos consagrados por los artículo 488 del CST y 151 del CPTSS, por lo que al haber transcurrido tantos años desde que el hecho generador se dio, cualquier acción de nulidad o ineficacia estaría extinta.

Argumenta que al ser la relación entre la AFP y la afiliada de carácter administrativo, no se puede premiar la desinformación de la demandante y considerar que existe una posición dominante, pues considera que la actora también le asistía el deber de asesorarse.

Se opuso a la condena correspondiente a la devolución de rendimientos aduciendo que si la consecuencia jurídica de la ineficacia es que la afiliación no existió, quiere ello decir que los aportes no se administraron por parte de Porvenir y por ende, tampoco se generaron los rendimientos que ahora se ordenan devolver.

Igualmente afirma que no hay lugar a devolver los gastos de administración, por cuanto estos rubros ya fueron utilizados y como Porvenir no obró de mala fe o desconociendo la normatividad

vigente, una condena en tal sentido genera un detrimento patrimonial para la AFP y un enriquecimiento sin justa causa a cargo de COLPENSIONES.

Por lo expuesto solicita se revoque la condena impuesta y se absuelva a PORVENIR de todas las condenas impuestas.

En los aspectos que no fueron materia de apelación se estudiará el proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto 261 del 7 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandante y demandados, los que pueden ser consultados en los archivos 05 a 07 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 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.

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

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 demandante estuvo afiliada al ISS entre el 9 de septiembre de 1987 y el 1º de febrero de 1994 cotizando un total de 334 semanas (fl. 30); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR a partir de julio de 1994 (fl. 32), donde ha cotizado 711 semanas (fl. 29); **(iii)** que elevó la reclamación administrativa ante PORVENIR el 17 de junio de 2020 (fl. 20), recibiendo respuesta negativa mediante misiva del 29 de junio de 2020 (fls. 21 a 23) y frente a COLPENSIONES el 23 de junio de 2020 (fl. 24), recibiendo respuesta desfavorable mediante misiva de la misma fecha (fl. 25 a 28).

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 obligatorio, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), 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* contenida en el 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 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 público y privado 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 obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos por la actora, nada se indica respecto las consecuencias que traía 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.

Si bien a folio 18 se observa simulación pensional efectuada por PORVENIR en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hacen cálculos comparativos frente a la cuantía de la prestación en el RPM, además que no se observa la fecha en que se entregó tal cálculo a la afiliada para dar por demostrado el deber de información que le asistía a la AFP.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo 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 para el afiliado.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR el cumplimiento de sus obligaciones legales para con la afiliada, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al

régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos y gastos de administración, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman 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 las AFP demandadas, no existen razones jurídicas para que éstas no trasladen 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 rendimientos y los gastos de administración.

Al respecto, ha sostenido la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, dado que la ineficacia de la afiliación tuvo su origen en la conducta inapropiada de la administradora, le corresponde a ésta 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 por PORVENIR a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (*Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989, SL 1421-2019 y SL1689- 2019.*)

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, 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).

Es oportuno señalar, que el hecho de que la demandante no hubiere ejercido su derecho de retracto indicado en el artículo 3° del decreto 1161 de 1994, o que no hubiera manifestado su deseo de retornar al ISS de conformidad con lo establecido en el Decreto 3800 de 2003 durante la vigencia de su afiliación al RAIS no convalida el vicio con el que se surtió su vinculación a este régimen, pues no debe pasarse por alto que ésta confió en que la asesoría dada por el representante comercial de la Administradora del régimen de ahorro individual era la que más le convenía, de ahí que lo que se eche de menos es la falta de información clara con la cual la actora pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado 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. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMMLV.

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: CONFIRMAR la sentencia No. 326 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMMLV.

Los Magistrados,



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA

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

Firma digitalizada para
el Tribunal Superior del Distrito Judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR CONSULTA

05