

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ROCIO DEL VALLE MÉNDEZ BEJARANO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-004-2019-00221-01
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.347

Santiago de Cali, veintinueve (29) de octubre 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° 24 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. 205 del 28 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 02 a 12; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 63 a 82 y de PORVENIR obrantes en los folios 108 a 130, 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. 205 del 28 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante en PORVENIR.

En consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A que proceda a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración.

Ordenó a COLPENSIONES que reciba por parte de PORVENIR la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, conservando para ese efecto la demandante, todos sus derechos y

garantías que tenía en el régimen de prima media con prestación definida, antes de efectuarse el traslado al Régimen de Ahorro Individual.

Condenó por concepto de costas procesales a PORVENIR S.A. a la suma de \$900.000 y a COLPENSIONES a la suma de \$200.000.

Como argumento de su decisión señala el a-quo que la ley 100 de 1993 creó en Colombia el nuevo modelo de seguridad social en pensiones, el artículo 12 de ese mismo estatuto de seguridad social en materia pensional consagró dos regímenes excluyentes; el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual, el artículo 13 de la misma disposición consagró las características del sistema general de pensiones estableciendo en su numeral B que la selección de uno cualquiera de los regímenes previsto por el artículo anterior era libre y voluntaria por parte del afiliado quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la afiliación o traslado.

Expresó que teniendo en cuenta que el traslado de la accionante data del año 1995, calenda en la cual ya se encontraba vigente el estatuto orgánico del sistema financiero, PORVENIR S.A. tenía la obligación de informar de manera clara y suficiente a la demandante acerca de los particularidades del régimen, en orden a garantizar la transparencia en las operaciones que realicen y con elementos claros de juicio, que le permitan a aquella escoger las mejores opciones del mercado, además sobre los aspectos que componen y la diferencia entre cada régimen, es decir que para esa época sí existía el deber de información.

Concluyó que brillaba por su ausencia alguna evidencia probatoria que indicara que efectivamente a esa afiliada se le brindó esa información clara, suficiente y veraz, por lo que prosperaba la solicitud de ineficacia reclamada.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación señalando que se debe tener en cuenta la madurez y el grado de escolaridad que tiene la demandante pues no es apropiado invocar un vicio en el consentimiento cuando es evidente que la afiliación al régimen de ahorro individual fue realizada con la intención y libertad.

Destacó que la demandante se trasladó al RAIS en el año 1995, siempre demostró su deseo de permanencia en el mismo pues nunca manifestó su intención de retornar al RPM y respecto de la condena en costas considera que es improcedente pues es lógico que la entidad se oponga a las pretensiones, además aduce que la entidad nunca coaccionó a la actora para realizar el traslado, por lo que solicita se revoque la condena impuesta y se le absuelva de las costas.

La apoderada de **PORVENIR** interpone recurso de apelación señalando que el formulario de afiliación que firmó la demandante con su representada es un documento público que se presume auténtico, el cual contiene las declaraciones que exige la ley 100 en su artículo 214.

Agregó que la AFP cumplió con la carga procesal impuesta pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora estaba vinculada producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no sólo con el formulario de afiliación sino también con la conducta de la afiliada de permanecer en el régimen de ahorro individual y permitir el descuento con destino al fondo privado, prueba que analizada de manera crítica y en conjunto, conducen a la certeza que la intención de la demandante era pertenecer al régimen de ahorro individual.

Señaló que no es viable imponerle a la AFP cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante pues esto constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima del fondo y que cuando

se celebró el acto jurídico de vinculación la afiliada era una persona jurídicamente capaz y el acto contiene objeto y causa lícita y ahora, por el alcance que se hace a algunas normas, se desconocen instituciones primarias de un estado social de derecho como son la validez y los efectos de los actos jurídicos.

Indicó que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior en estricto sentido se debería entender que el contrato de afiliación nunca existió, PORVENIR no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron y no existió el cobro de una comisión de administración, sin embargo, acudiendo al artículo 1746 del código civil que trata de restituciones mutuas, la AFP tiene el derecho de conservar las cuotas de administración si demuestra que efectivamente hizo rentar el patrimonio de su afiliada como ocurrió en este caso.

Consideró que la condena impuesta constituye un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES quien recibe unos rendimientos generados por la buena administración de su representada, sin reconocer o pagar ningún concepto por la gestión realizada, lo cual desconoce la Constitución y la Ley, toda vez que dichos conceptos ni siquiera entrarían al patrimonio de la demandante.

Finaliza señalando que debe darse aplicación a lo dispuesto en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST y que la administradora de pensiones siempre actuó de buena fe y conforme a las leyes existentes, por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia.

En los aspectos que no fueron materia del recurso de apelación se estudiará del proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, como lo prevé el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, los apoderados de la parte demandante, así como las demandadas, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que pueden ser consultados en los archivos 06, 07 y 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 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, rendimientos y a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

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 desde el 01 de febrero de 1989 al 28 de abril de 1995 (fl. 02 y 29) cotizando un total de 257 semanas; (ii) que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR a partir del 01 de mayo de 1995 (fl. 133), donde ha

cotizado 804 semanas (fl. 28 y 128); (iii) que elevó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 12 de abril de 2019 (fl. 16 a 17), y ante PORVENIR el 21 de marzo de 2019 (fl. 35) recibiendo respuesta desfavorable mediante misivas del día 24 de abril de 2019 (fl. 18 a 19) y 01 de abril de 2019 (fl. 13 a 15), respectivamente.

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 (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 fundación, 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, 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.

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.

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.

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 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 los aportes que debieron realizarse

al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

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 3º 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.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante sus argumentos, en consecuencia, al resultar vencida en juicio, hay lugar a su imposición, aspecto que no deriva de su posición al momento de la afiliación, sino en el devenir de esta litis.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR. Se fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a UN (1) SMLMV.

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. 205 del 28 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Deceto 491 de 2020)

Firma digitalizada para
actuación judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO POR CONSULTA