

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	JAIR VELASCO ECHEVERRI
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2020-00335-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 321

Santiago de Cali, veintiocho (28) septiembre 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°021 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES y consulta a favor de esta última en lo no incluido en la alzada, respecto de la sentencia No. 373 del 2 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **JAIR VELASCO ECHEVERRI** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.** con el fin de que: 1) se declare la ineficacia de la afiliación a PORVENIR S.A., en consecuencia, 2) se ordene a PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, frutos e intereses, incluido el porcentaje de los gastos de administración.

En virtud del principio de la 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 las carpetas 02DemandaPoder.pdf, 4MemorialContestaDemandaPorvenir.pdf y 12MemorialContestacionDemandaColpensiones.pdf

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 373 del 2 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones propuestas, accediendo en consecuencia a la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS, ordenando a COLPENSIONES admita al actor sin solución de continuidad y sin cargas adicionales, conservando el régimen al cual tenía derecho, que en este caso no es el de transición, una vez PORVENIR realice el traslado de todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante, con sus respectivos rendimientos financieros, sin aplicar ningún descuento por cuota de administración, ni las sumas pagadas a la aseguradora.

Emite condena en costas contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de \$877.803 a cargo de cada una de ellas.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que al proceso no se aportó sustento probatorio alguno por parte de PORVENIR S.A. correspondiéndole la carga de la prueba, tendiente a demostrar que brindó al accionante una asesoría acertada, clara y veraz, que no lo indujera en error en el traslado, como era su deber legal; que tampoco observó comunicado dirigido al actor por parte de PORVENIR a fin que se acercara a recibir la asesoría necesaria del derecho que tenía de retractarse de la afiliación conforme al inciso tercero del literal b) artículo 3 del Decreto 1169 de 1994, ni respecto de la posibilidad de regresar al RPM, conforme a lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la fecha límite para ejercer dicho derecho. Expone que el comunicado de prensa emitido en general para todos los afiliados no suple la información que en tal sentido debió hacerse en forma directa al actor.

Declara en consecuencia la ineficacia del traslado que efectuó el actor del RPM al RAIS, ordenando su regreso automático a COLPENSIONES, sin régimen de transición, como quiera que el demandante nació el 30 de diciembre de 1982, y al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía 31 años de edad y no había cotizado 750 semanas.

Señala respecto de la devolución de saldos de la cuenta de ahorro individual del actor que, los mismos debían hacerse sin ningún descuento por concepto de gastos de administración ni los valores pagados a la aseguradora.

Indica que no operó la prescripción, pues por tratarse la afiliación a un determinado régimen pensional de un derecho inherente a la pensión, el mismo no prescribe, conforme lo ha sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES S.A.** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la accionada de las pretensiones. Señala que el demandante se encuentra incusa en la prohibición expresa contenida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, pues le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, motivo por el que debe demostrar la pérdida de un régimen o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual para que sea procedente el retorno al RPM, en tanto que no demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe cuando se traslado de régimen pensional como lo alega en la demanda.

Agrega que para el momento de la afiliación era impredecible definir los ingresos base de cotización sobre los cuales aportaría el demandante en los próximos años y calcular una mesada pensional real a futuro, pues los ingresos económicos podían variar en relación con los consignados en la historia laboral hasta la fecha de afiliación, por lo que debe entenderse que el accionante está válidamente afiliado al RAIS por decisión propia, como lo demuestra su firma en el formulario de afiliación a PORVENIR y su permanencia en el RAIS por más de 22 años, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones.

La apoderada de **PORVENIR** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, indicando que en el presente asunto no se acreditó causal de invalidez de la afiliación realizada por el demandante a la AFP, pues indica que el actor fue asesorado de manera verbal conforme las normas vigentes a la suscripción del formulario de afiliación y además lo ratificó con los actos que posteriormente realizó.

Señala que en el evento de presentarse alguna irregularidad en la afiliación del actor a PORVENIR la misma corresponde a una nulidad relativa, la cual está sometida al término prescriptivo o puede rectificarse por las partes como en el presente caso. Que igualmente considera que se encuentra afectado por el fenómeno extintivo la acción conforme las disposiciones en materia laboral sobre el tema. Agrega que debe darse aplicación a estas normas y proceder a declarar la prescripción, en tanto el litigio no versa sobre el reconocimiento de una

pensión, sino que está encaminada a obtener un mejor valor de la mesada pensional y por ende no puede entender imprescriptible la acción.

Sostiene que la vinculación del actor estuvo conforme al artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y además la AFP garantizó a todos los afiliados el derecho de retracto como lo disponía el artículo 3 del decreto 1161 de 1994 y el literal e) del artículo 3 de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por Ley 797 de 2003.

Manifiesta que las pensiones en el RAIS no se reconocen bajo el presupuesto de edad y semanas cotizadas, sino como lo establece el art. 64 de la Ley 100 de 1993, con base en el capital acumulado y ello sólo se puede verificar cuando el afiliado eleve ante PORVENIR S.A. la solicitud de reconocimiento pensional.

Expuso que no es procedente que se condene a la AFP a la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de intereses, toda vez que el traslado del régimen pensional estuvo acorde a la normativa vigente a la fecha en que el mismo se realizó. Precisa en lo que respecta a los gastos de administración que durante el tiempo que la parte actora ha estado afiliado se le ha administrado la cuenta de ahorro individual, generando unos cuantos rendimientos que están integrados a su capital, en consecuencia, habiendo actuado la AFP de conformidad a la ley, debe conservar los gastos de administración.

Indica que al declararse la ineficacia del traslado, se entiende como si la afiliación a la AFP nunca hubiere nacido a la vida jurídica, retrotrayéndose todo a su estado original, pero pese a ello, se condena a la AFP a devolver los gastos de administración, lo cual no es procedente porque es una comisión ya causada frente a la administración de la cuenta de ahorro pensional, que generó unos rendimientos, los cuales se ordena trasladar a COLPENSIONES, sin que esta Administradora haya efectuado gestión alguna, lo que constituiría un enriquecimiento sin causa para la parte actora y Colpensiones. Precisa entonces que de confirmarse la ineficacia no sería procedente que se ordene trasladar los rendimientos, pues debería entenderse en los términos antelados que estos no se causaron.

Solicita se declare probada la excepción de compensación, por cuanto si se considera que la afiliación es ineficaz y no nació a la vida jurídica, todo vuelve a su estado original y por tanto no se generó los rendimientos en favor de la parte actora, por lo que los mismos deben compensarse con los gastos de administración que se están ordenando trasladar.

El presente asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante, así como COLPENSIONES y PORVENIR S.A., que puede ser consultado en el archivo 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 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.

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

Finalmente se estudiara la procedencia de la excepción de compensación propuesta por PORVENIR S.A.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se evidencia dentro del presente asunto: **(i)** que el señor JAIR VELASCO ECHEVERRI estuvo afiliado al Régimen de Prima Media entre el 4 de marzo de 1982 al 28/02/1997, cotizando 448,57 semanas (fls. 2 a 5, carpeta 04Anexos.pdf) ; **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 13 de junio de 1998 (Pag. 64, carpeta 14MemorialContestaDemandaPorvenir.pdf), con efectividad a partir del 1 de agosto de 1998 (pag 62, carpeta 14MemorialContestaDemandaPorvenir.pdf), donde cotizó 721 semanas, alcanzando en toda su vida laboral 1.178 semanas (fl. 6 carpeta 04Anexos.pdf), **(iii)** que el demandante presentó el 21 de febrero de 2020 ante PORVENIR solicitud de nulidad, ineficacia y/o ilegalidad de traslado de fondo y afiliación a COLPENSIONES (fls. 12 a 14, carpeta 04Anexos.pdf), la cual fue negada por la AFP en oficio del 3 de abril de 2020 (fls. 17 y 18, carpeta 04Anexos.pdf), y **(iv)** que el actor suscribió formulario de afiliación a COLPENSIONES el 19 de febrero de 2020 (fl. 15, carpeta 04Anexos.pdf), el cual fue rechazado por oficio 2020_2312597-22258609 del 9 de febrero de 2020 (fl. 16, carpeta 04Anexos.pdf), por encontrarse el actor a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensión.

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 (RMPD), 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 pudiera 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.

Nótese que de las pruebas allegadas al expediente, específicamente, en el formulario de afiliación a PORVENIR (fl. 64, carpeta 14MemorialContestaDemandaPorvenir.pdf), 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.

Es preciso referir igualmente que las publicaciones en diarios de amplia circulación allegadas al infolio (fls. 65 a 67, carpeta 14MemorialContestaDemandaPorvenir.pdf), tampoco denotan *per se* el cumplimiento por parte de la Administradora de su deber de información frente a la afiliado, y menos aún con la claridad que debía ofrecerse respecto del caso particular de la accionante, pues no contienen una explicación clara y precisa sobre las condiciones propias del accionante, de su situación pensional, de ahí que tales publicaciones no demuestran que efectivamente se cumplió por la AFP el deber de información e ilustración suficiente, amén que tampoco se demostró que esto se hubiere cumplido al momento de ocurrir la afiliación al RAIS.

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.

Se aclara igualmente que en el presente asunto lo que se pretende es la ineficacia del traslado conforme al artículo 271 Ley 100, por la omisión de las Administradoras de cumplir con el deber de información que les incumbe en orden a garantizar su libre y voluntaria decisión relativa a la selección del régimen, y que va encaminado a restablecer las condiciones anteriores a este acto; y no se trata, como lo pretende la apoderada de COLPENSIONES, 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.

Es oportuno señalar, que contrario a lo argüido por la apoderada de PORVENIR S.A. 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 en el consentimiento en que fue inducida la demandante, pues no debe pasarse por alto que la parte activa 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 accionante pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

Corolario de lo antelado, 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 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 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 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 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 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 pretensiones que no están sometidas al efecto extintivo del paso del tiempo, dado su carácter declarativo, y por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de ahí que 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.

De otro lado, tampoco resulta procedente declarar la compensación de los gastos de administración con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, como quiera que en los términos del artículo 1716 del Código Civil, para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras, condición que no se configura en el presente asunto, pues el señor JAIR VELASCO ECHEVERRI no adeuda suma alguna a

PORVENIR, y menos en tratándose de COLPENSIONES, que es la destinataria de tales recursos (SL 175595 de 2017), de ahí que no exista ningún rubro que deba asumir la demandante a favor de PORVENIR con ocasión de la nulidad declarada, motivo suficiente para confirmar la decisión de primera instancia por ese aspecto.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR por haberles sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación interpuesto, las cuales se liquidaran por el juez de conocimiento, se incluyen como agencias en derecho el equivalente a UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE para 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: CONFIRMAR la sentencia No. 373 del 2 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, se incluyen como agencias en derecho el equivalente a UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE para cada una.

Los Magistrados,

MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA

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

Firma digitalizada para
archivo judicial
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL