



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

SENTENCIA N° 2

(Aprobado mediante Acta del 4 de diciembre de 2020)

Proceso	Ordinario
Radicado	76001310500820180065501
Demandante	Martha Lucia Muñoz Muñoz
Demandada	Colpensiones y Porvenir S.A.
Asunto	Ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS
Decisión	Confirma

En Santiago de Cali - Departamento del Valle del Cauca, el día dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura; adopta la decisión con el fin de dictar Sentencia en el Proceso Ordinario Laboral promovido por MARTHA LUCIA MUÑOZ MUÑOZ contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., la cual se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Pretende la señora MARTHA LUCIA MUÑOZ MUÑOZ, que se declare la INEFICACIA DE TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, al Régimen de

Ahorro Individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., que se ordene el traslado de todos los valores ahorrados en la cuenta individual a Colpensiones, que sea admitida en esta última y las costas procesales.

Como HECHOS relevantes expuso que nació el 30 de enero de 1964; que entre 1993 y 2000 cotizó 140 semanas al RPMPD; que a partir del año 2005 se afilió a Porvenir S. A., sin que le brindaran información completa, clara y concreta sobre las implicaciones que conllevaba el traslado de régimen. Además, que presentó solicitud de nulidad de traslado ante Colpensiones y Porvenir S. A., pero que no fueron resueltas de manera favorable.

CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDADAS

Colpensiones se opuso a las pretensiones, bajo el argumento que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria, además que el traslado se realizó conforme a la norma, por ende, goza de plena validez. Propuso las excepciones de, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad.

Porvenir S. A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda y manifestó que el traslado se hizo con el cumplimiento de los requisitos establecido por la norma. Propuso las excepciones de inexistencia de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, a través de sentencia n.º 298 del 15 de julio de 2019, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y la nulidad del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S. A., que como consecuencia de ello, la demandante debe ser admitida en el RPMPD administrado por Colpensiones, conservando todos los beneficios que pudiere llegar a tener, le ordenó a Porvenir S. A., trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sus rendimientos y gastos de administración, y la condenó en costas.

Fundamentó la decisión, en que la demandante no recibió una debida asesoría de las consecuencias del traslado de régimen por parte de las entidades demandadas al momento de efectuarse el mismo.

RECURSOS DE APELACIÓN

Porvenir S. A. interpuso y sustentó el recurso de apelación, ratificando que cada régimen se regula de manera diferente y tiene ventajas y desventajas, además, que se están imponiendo requisitos que no se encontraban contemplados en la norma al momento de efectuarse el traslado.

Agrega que no se demostró un vicio del consentimiento, pues la afiliación se hizo de manera libre y espontánea, por ende, se encuentra ratificada con el formulario de afiliación, que no debe condenarse a la devolución de los aportes y rendimientos, toda vez que se ha administrado la misma conforme a la ley.

Señala que un porcentaje de comisión por administración se destina para cubrir la póliza de seguros de pensión de invalidez, vejez y muerte, es decir, que ese porcentaje ya fue cancelado a la aseguradora,

y la devolución del porcentaje de comisión por administración también ya fue descontado para el manejo de la cuenta.

Colpensiones interpuso y sustentó el recurso de apelación, manifestó que el traslado tiene plena validez, toda vez que se hizo con el cumplimiento de la ley, que la demandante cuenta a la fecha con 55 años de edad, por lo que conforme a la ley no es posible el traslado de régimen. Por lo anterior, solicita que se revoque la sentencia proferida en primera instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta corporación está dada por el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo establece el artículo 69 del CPTSS, por ello, según lo previsto en las sentencias STL8131-2017, SL47158-2017 y C-968-2003, aunado a lo establecido en los artículos 69 y 82 del CPTSS, modificados por los artículos 13 y 14 de la Ley 1149 de 2007, dicho trámite debe surtir obligatoriamente, toda vez que la sentencia de primera instancia fue parcialmente adversa por conexidad a Colpensiones, entidad de la que la Nación es garante. En cuanto al recurso de apelación formulado por Porvenir S. A., y Colpensiones, los puntos objeto de este quedarán implícitamente decididos por vía de la primera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala debe determinar si procede la declaratoria de ineficacia del traslado del RPMPD, administrado por Colpensiones, al RAIS, administrado por Porvenir S. A.

Se encuentra probado que la reclamación administrativa ante Colpensiones se agotó el 3 de septiembre de 2018 (f.ºs 16-17), y ante Porvenir S. A., el día 24 de septiembre de 2018 (f.º 19).

También está probado, según lo ratifican los documentos aportados al plenario, los siguientes hechos:

- ✓ Que para el 1 de abril de 1994, es decir, cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993, la demandante señora Martha Lucia Muñoz Muñoz tenía 30 años de edad, pues nació el 30 de enero de 1964 (f.º 5), y no contaba con 15 años de servicios cotizados o su equivalente en semanas; luego, no es beneficiaria del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993.
- ✓ Que la demandante se trasladó al RAIS, administrado por Porvenir S. A., el 28 de junio del 2005, según formato de afiliación a folio 7.
- ✓ Que MARTHA LUCIA MUÑOZ MUÑOZ presentó las siguientes cotizaciones:
 - Del 21/09/1993 al 31/12/2000, un total de 140 semanas cotizadas al RPMPD, según se refleja en la historia laboral (f.º 119).

Así las cosas, procede esta Sala a verificar la validez del traslado de régimen pensional realizado por la demandante y si el mismo deviene ineficaz. Al respecto, el análisis, se hace a partir de los criterios fijados en la sentencia SL1688-2019 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente en que esa corporación redefinió el alcance de la responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes pensionales, para garantizar el derecho a la libre escogencia de los afiliados.

La corporación de cierre de esta especialidad abordó el tema redefiniendo la naturaleza de la sanción jurídica cuando se afecta la libertad de escogencia del afiliado frente a uno de los regímenes pensionales, y en ese sentido expresó lo siguiente:

La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultaba equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

Ahora bien, en cuanto a los aspectos fundamentales a tener en cuenta para realizar el análisis jurídico del caso, tenemos lo siguiente:

Frente al traslado de régimen, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 enuncia: *«Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el Gobierno Nacional».*

Dicho numeral fue modificado por el literal e) del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que expresa:

Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

En síntesis, en vigencia de la Ley 100 de 1993, el derecho al traslado entre regímenes podía efectuarse cada tres años, posteriormente con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 dicho lapso se incrementó a cinco años y se agregó que no podría trasladarse de régimen cuando a un afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad que le otorga el derecho a la pensión, si su traslado se produce a partir del año 2004.

Al respecto, y en el caso particular de la demandante, se tiene que, para el 28 de junio de 2005, fecha de traslado del ISS a Porvenir S. A., la señora Martha Lucía Muñoz Muñoz se afilió de forma correcta y dentro de los límites temporales establecidos por la norma vigente para esa calenda –tres años– es decir que su traslado, por el aspecto temporal, por sí solo no genera ineficacia alguna.

Ahora bien, dado que no se probó la existencia de una ineficacia en el traslado por contravención a los términos mínimos de permanencia, procede esta Sala a verificar si se encuentra viciado el acto de afiliación, por haber faltado la entidad a los deberes de información cierta, suficiente, clara y oportuna, de asesoría y buen consejo.

En referencia al deber de información, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1688-2019 dijo:

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

[...]

Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar

mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

En cuanto a las notas esenciales del deber de información, dijo:

Frente a lo primero, el literal c) del artículo 3.º de la Ley 1328 de 2009 puntualizó que en las relaciones entre los consumidores y las entidades financieras debía observarse con celo el principio de «transparencia e información cierta, suficiente y oportuna», conforme al cual «Las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas».

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere; por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

Así mismo, y frente al alcance del deber de asesoría y buen consejo, expresó:

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente. Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

En el caso concreto, la parte demandante alega que Porvenir S. A., omitió el deber profesional y legal de brindar información clara, completa, suficiente y detallada sobre las consecuencias de traslado de régimen, pues no se demostró tal supuesto. La Sala determinará si ello es cierto.

Al respecto se advierte que la demandante suscribió formato de «*SOLICITUD DE VINCULACIÓN*» el día 28 de junio de 2005 con Porvenir S. A. (f.º 7), documento con el cual se corrobora la manifestación de voluntad de pertenecer a ese régimen, tal como lo preceptúa el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, no resulta admisible sostener que la debida asesoría se encuentra garantizada y se ratifica con la suscripción de tal formulario de afiliación en el cual se deja expresa constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones, aspecto que ha sido ampliamente decantado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL1688-2019, que al respecto ha sostenido:

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

De las pruebas no se avizora que Porvenir S. A. haya cumplido con la obligación de suministrarle a la afiliada la información que le permitiera entender las consecuencias de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y al deber de información al que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, tanto en la sentencia citada en precedencia, como en la SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, cuando precisó:

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la

asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

No se garantizó que la información suministrada por Porvenir S. A. a la demandante estuvo orientada por un consentimiento informado, es decir, no se ha acreditado que ella adoptó su decisión, provista de la información necesaria, suficiente, cierta, clara y oportuna, dado que desconocía la incidencia que tendría su manifestación, en cuanto a los requisitos, modalidades, características, condiciones de acceso, beneficios, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro, dentro del RAIS, en comparación con el RPMPD; en ese sentido lo señaló la CSJ en la decisión SL12136-2014 cuando dijo que *«Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla»*.

Ahora bien, en lo atinente a la carga de la prueba, resulta apenas lógico que, una vez el afiliado realiza la manifestación de no haber recibido la información debida al momento de la afiliación, es a la respectiva AFP a quien le corresponde acreditar que suministró la asesoría completa, cierta, suficiente, clara y oportuna. En esos términos lo afirmó la CSJ en la sentencia SL1688-2019, ya enunciada:

En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Tampoco existe una constancia de que se haya entregado el Plan de Pensiones y el Reglamento de Funcionamiento de Porvenir S. A., mismo que según el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de la AFP, referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que, según el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, recae en la entidad.

Los anteriores hallazgos corroboran el hecho de que el traslado de régimen realizado por la demandante al RAIS, deviene ineficaz, dado el incumplimiento al deber de información por parte de Porvenir S. A., tal como se desprende de todo el análisis realizado por la Sala.

Advierte esta colegiatura que, frente al tema de los gastos de administración, los mismos se encuentran a cargo de la demandada Porvenir S. A., pues así lo ha señalado la CSJ en la sentencia SL1421-2019, en la que trajo a colación las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, adoctrinó:

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue 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 serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Por último, frente a la configuración de la prescripción, la misma sentencia SL1688-2019 señala:

[...] la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

En efecto, de manera reiterada y pacífica, la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles. Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.

Dicho de otro modo: no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración. De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación

declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.

Lo dicho cobra más sentido en relación con la pretensión de «ineficacia», en la medida que dicha consecuencia impuesta por el ordenamiento jurídico se caracteriza porque desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis.

Conforme lo explicado, los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.

Para esta Sala, es claro que la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible.

Se confirman las costas de primera instancia.

En segunda instancia, conforme a los artículos 361 y 365 del CGP, aplicables por remisión ordenada en el artículo 145 del CPTSS, al no salir avante el recurso de apelación formulado por Porvenir S. A., y Colpensiones, las costas serán a cargo de ambas entidades. Como agencias en derecho se fija, a cargo de la demandada Porvenir S. A., el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes y a cargo de Colpensiones un salario mínimo legal mensual vigente.

Conforme a lo anterior, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la Sentencia n.º 298 del 15 de julio de 2019 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. COSTAS a cargo de la parte demandada. Porvenir S.A., pagará las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y Colpensiones lo hará en la suma igual a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

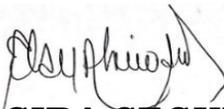
Tercero. DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de Origen, una vez en firme esta decisión.-

Lo resuelto se NOTIFICA y PUBLICA a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente, se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO
Magistrado



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

RDO. 76001310500820180065501