

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	BLANCA OLIVA ORTIZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2018-00680-01
SEGUNDA INSTANCIA	Recurso de apelación PORVENIR S.A
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 089

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020)

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° 009 del 9 y 12 de marzo, 20, 22,26 y 29 de mayo del año en curso, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A. respecto de la sentencia No. 408 del 05 de diciembre del 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 3 a 12; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 46 a 50 y de PORVENIR S.A. a folios 76 a 103, 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. 408 del 05 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas la totalidad de las excepciones formuladas por los demandados y a la par, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante a PORVENIR S.A., ordenando a dicha entidad que traslade todos los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora junto con los bonos pensionales, si los hubiere y rendimientos con destino a COLPENSIONES.

Así mismo, ordenó a COLPENSIONES a vincular válidamente a la demandante al RPM y condenó en costas a PORVENIR S.A. fijando como agencias en derecho a favor de la demandante la suma de \$1.000.000.

Como argumentos de su decisión el *A quo* indicó que una vez valoradas las pruebas allegadas al proceso, solo se obtuvo un formulario pre impreso y conforme a lo manifestado por la jurisprudencia, dicho formulario no constituye prueba de que Porvenir le haya brindado información necesaria y completa a la demandante, del acto que demanda trasladarse de un régimen a otro, además recalca que brilla por su ausencia el deber de información a cargo del fondo y en consecuencia, declara la nulidad o ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., interpone recurso de apelación indicando que se ratifica en la contestación de la demanda y en las excepciones propuestas y explica que cada régimen tiene aspectos favorables y desfavorables, por ello el ordenamiento jurídico le otorgó al afiliado la opción de escoger y una vez hecho eso, se deben tener en cuenta las restricciones sobre las que se pronunció la Corte Constitucional, sin que se pueda invalidar por vía jurisprudencial que los errores de derecho pueden viciar el consentimiento de quien celebra un acto jurídico o imponiendo retroactivamente a las administradoras de fondos de pensiones requisitos que las normas no contemplaban para la época de la afiliación.

Señala que la decisión de primer grado trasgrede lo dispuesto en el artículo 230 de la Constitución Política, pues los jueces están sometidos al imperio de la Ley y que la doctrina y jurisprudencia son criterios auxiliares e indica que la entidad siempre ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley, poniendo a disposición de sus afiliados todos los medios de comunicación para tener un contacto permanente con éstos.

Resalta que el artículo 11 del Decreto 692 del 1994, el Decreto 1642 del 1995 y las circulares 034 y 035 de 1994 emitidas por la Superintendencia Financiera, son normas que aún conservan vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual la afiliación al sistema pensional para que se considere válida es suficiente la firma del formulario de afiliación, en el cual la demandante dejó plasmada su voluntad libre y espontánea.

En relación con la excepción de prescripción manifestó que no es el derecho pensional en sí el que se persigue, toda vez que la demandante se puede pensionar en un régimen o en el otro, sino que se está haciendo referencia a la oportunidad legal para presentar esta clase de procesos, lo cual va ligado con el principio de la seguridad jurídica y que la tesis de prescripción tratándose de nulidades se basa en que el traslado es un acto jurídico, razón por la cual, conforme a lo dispuesto en los artículos 1741 y 1750 del Código Civil, tal acción está sujeta a prescripción.

Por lo expuesto solicitó que se acojan sus argumentos y se revoque la decisión de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto No. 325 del 16 de junio del 2020, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, quienes refirieron lo siguiente:

La apoderada de la parte demandante adujo que, a su representada no le fue brindada la información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones que conlleva el traslado de un régimen a otro; que, de igual manera, tampoco le realizaron la proyección pensional en un régimen o el otro.

Expresa que la carga probatoria se encontraba en cabeza del Fondo Privado, en este caso, PORVENIR, por su proximidad a la prueba y las condiciones técnicas para demostrar que el traslado se realizó cumpliendo con los requisitos legales, de manera libre, espontánea y sin presiones.

Finalmente, indica que la señora OLIVIA RUIZ tomó la decisión de trasladarse de régimen con base en información insuficiente que la indujo al error por no ser ésta, experta en el tema.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** al presentar sus alegatos de conclusión refirió que solicita que se revoque la sentencia de primera instancia atendiendo a lo dispuesto en el literal b y e del artículo 13 de la ley 100 de 1993, de la cual se puede concluir que en cabeza de los afiliados recae la potestad exclusiva de elegir el régimen pensional al cual desean vincularse, por tanto, al mediar formulario de afiliación al RAIS para los asuntos en que se pretende la declaratoria de nulidad del acto jurídico, es menester señalar que dichos formularios, a la luz del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, constituyen prueba plena de la voluntad del afiliado al momento de efectuar su traslado, por lo que no estarían llamadas a prosperar las pretensiones de la demanda.

Agregó que los dos regímenes subsistentes con excluyentes entre sí y comportan sus propias ventajas y desventajas, las cuales son asumidas por los afiliados al momento de efectuar su afiliación, por lo que resulta improcedente y jurídicamente inviable que, se pretendan alegar supuestos vicios en el consentimiento pues, para que dichas pretensiones pudiesen prosperar, resulta indispensable que el demandante demuestre la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual y que de los presupuestos esbozados en la demanda y del material probatorio allegado al plenario, se puede concluir que el demandante conserva la posibilidad de obtener una pensión en el RAIS.

Refirió en cuanto a los presuntos vicios en el consentimiento configurados al momento del traslado al RAIS, con fundamento en la ausencia de una proyección de la mesada pensional

que era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría la demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación con los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

Concluye que no se demostró que la parte actora hubiera sido engañada al tomar la decisión desfavorable para sus intereses, por lo que solicita que se realice un análisis más riguroso de la legislación y de los mecanismos jurídicos a su alcance para satisfacer las pretensiones en esta clase de demandas.

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 procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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.

Dispone 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 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 en los formularios de afiliación a PORVENIR S.A. (fl.17 y 104), suscrito por la señora BLANCA OLIVA RUIZ 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna, por lo que al no cumplirse con tal deber de información por parte de las AFP, se traduce en su inducción al error de la afiliada, lo que constituye uno de los vicios de consentimiento, razón suficiente para desestimar los argumentos de la demandada.

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 S.A. el cumplimiento de sus obligaciones legales para con su afiliada, el traslado de régimen pensional del que fue sujeto la demandante es ineficaz, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión recurrida en ese aspecto.

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, incluyendo para tal efecto los gastos de administración.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la nulidad fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, 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 la AFP demandada 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 este sentido, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia, ordenando a PORVENIR S.A. efectuar la devolución de los gastos de administración por el periodo que administró las cotizaciones de la demandante.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Finalmente, 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 adiciona la sentencia recurrida en los términos antelados y se confirma en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO 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: ADICIONAR la sentencia No. 408 del 05 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración por el periodo que administró las cotizaciones de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., se fija como agencias en derecho el equivalente a MEDIO SMLMV.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se termina y firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA


GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

05