

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	DORIS IDALÍ ALAPE BUENAVENTURA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-31-05-009-2020-00063-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 169

Santiago de Cali, cuatro (04) de junio 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° 012 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 271 del 06 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 03 al 19; en la contestación de COLPENSIONES a folios 58 a 66 y de PORVENIR S.A. en el archivo 04ContestacionPorvenirSa.pdf, los cuales, en gracia de la brevedad y el principio de economía procesal, en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 271 del 06 de octubre de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.

Declaró no probadas las excepciones propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.

Declaró la ineficacia del traslado de la señora DORIS IDALÍ ALAPE BUENAVENTURA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR.

Como consecuencia de lo anterior, ordenó que la actora fuera admitida en COLPENSIONES, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada, conservando el régimen al cual tenía derecho, que, en el presente caso, no es el de transición, una vez PORVENIR realice el traslado de los aportes.

Ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación de la accionante, bonos pensionales y sumas adicionales de las aseguradoras, con sus respectivos rendimientos financieros.

Ordenó a COLPENSIONES a cargar a la historia laboral de la actora los aportes realizados por ésta a PORVENIR y condenó en costas a las demandadas, fijando como agencias en derecho el equivalente a \$877.803 pesos.

Como argumento de su decisión el *A quo* expresó que en el plenario no quedó demostrado que los asesores del RAIS le hubieren explicado a la actora cuáles eran las consecuencias de su traslado y cambio de régimen al momento que se concretara su derecho pensional, las bondades del régimen y las consecuencias negativas que podrían presentarse, a fin de que pudiera optar por uno u otro régimen.

Explica que no hay sustento probatorio que respalde las afirmaciones por parte de PORVENIR, correspondiéndole la carga de la prueba tendiente a demostrar que brindó a la accionante una asesoría acertada, clara y veraz al momento del traslado, ni que se le hubiera informado a la actora que tenía derecho a retractarse y la fecha límite para ejercer el mismo.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación señalando que su representada cumplió con el deber de información que le asistía respecto de la época que la demandante suscribió el formulario de afiliación, resaltando que la norma primigenia que regulaba esa afiliación era la ley 100 de 1993, el decreto 663 de 1993, el decreto 656 de 1994 y el decreto 3466 de 1982, normatividad que no exigía llevar por escrito la documentación o información que se brindaba a los futuros afiliados y no requería proporcionar una información en los mismos términos y lineamientos que se requieren hoy en día a través de la expedición de normas como el decreto 2555 de 2010, el decreto 2071 de 2015 y la ley 1748 de 2015, las cuales fueron posteriores al traslado.

Argumenta que exigir a su representada que proporcionara una información en unos términos y en unos lineamientos que para la época no existían, implicaría obligarla a cumplir un imposible y al mismo tiempo se estaría realizando un análisis anacrónico de la normatividad vigente que rige a las administradoras de pensiones, además aclaró que a la demandante le asistía el deber de informarse de manera diligente y oportuna a partir de la información que le fue proporcionada por la AFP PORVENIR, no obstante, actuó de manera negligente durante todo el tiempo que estuvo afiliada en el RAIS, nunca solicitó su retorno al régimen de prima media y tampoco presentó inconformidad alguna y esperó estar en la prohibición de traslado entre regímenes para solicitar su traslado argumentando una supuesta falta del deber información que claramente no existió.

Señala que la demandante no cuenta con las semanas requeridas para acceder a una pensión en el régimen de prima media, toda vez que al 2019 contaba con 912 semanas conforme a la historia laboral que se aportó con la contestación de la demanda, por lo que tendría que solicitar una indemnización sustitutiva que es mucho menos favorable que permanecer afiliada al régimen de ahorro individual y solicitar la garantía de pensión mínima, en caso de cumplir con los requisitos para ello o la devolución de saldos que claramente sería en una suma mayor a la indemnización sustitutiva que le puede ser concedida en el régimen de prima media.

Por otra parte, considera que, dados los efectos de la declaratoria de ineficacia, no habría lugar a devolver las sumas de las aseguradoras pues éstas ya fueron utilizadas para cubrir los riesgos de invalidez y muerte y, por lo tanto, dichos rubros se encuentran extintos y fueron utilizados para los propósitos de los respectivos descuentos.

Finalmente señaló que en el caso bajo estudio debe darse aplicación a la excepción de prescripción en los términos de los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T.S.S. pues la afiliación data del año 2007.

Por lo expuesto solicita se revoque la condena impuesta y se absuelva a la AFP de las pretensiones de la demanda.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación señalando que la demandante realizó su traslado al régimen de ahorro individual de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el artículo 13 literales b y e de la ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente, por lo que considera que la

ignorancia de la ley no es excusa, además manifestó que la apoderada judicial de la parte demandante al presumir la ineficacia de la afiliación debió probar eficazmente que PORVENIR incurrió en un vicio de nulidad, razón por la cual no se adecuan los elementos necesario para acreditar la ineficacia de la afiliación con la presente acción.

Solicita que se absuelva a COLPENSIONES de la condena en costas aduciendo que la entidad actuó bajo un deber legal, teniendo en cuenta la norma en cita.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal, la parte DEMANDANTE y DEMANDADAS COLPENSIONES y PORVENIR presentaron alegatos, los cuales fueron considerados en esta instancia y pueden ser consultados en el expediente digital.

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 vinculación 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 y si hay lugar a la devolución de las sumas adicionales de las aseguradoras 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 Régimen de Prima Media desde el 13 de septiembre de 1984 hasta el 28 de febrero de 1991 cotizando un total de 304 semanas (fl. 21 y 74); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR el 7 de agosto de 2007 (fl. 24), donde ha cotizado 608 semanas; **(iii)** que elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 22 de julio de 2019 (fl. 33), recibiendo respuesta negativa a la solicitud de traslado mediante misiva de la misma fecha (fl. 33).

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 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. ° 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 pudiese 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 su afiliado, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar 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, incluyendo para tal efecto 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 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.

Por lo expuesto, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se adiciona la sentencia de primera instancia en el entendido que debe ordenarse a PORVENIR la devolución de los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes de la accionante.

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, integrándose 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 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. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Es oportuno señalar, que el hecho de que la demandante no hubiere ejercido su derecho de retracto indicado en el artículo 3° del decreto 1161 de 1994, o que no hubiera manifestado su deseo de retornar al ISS de conformidad con lo establecido en el Decreto 3800 de 2003 durante la vigencia de su afiliación al RAIS no convalida el vicio en el consentimiento en que fue inducida la demandante, pues no debe pasarse por alto que la actora 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.

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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adiciona la sentencia recurrida en los términos antelados y se confirma en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$ 877.803.

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. 271 del 06 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PORVENIR la devolución de los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes de la accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

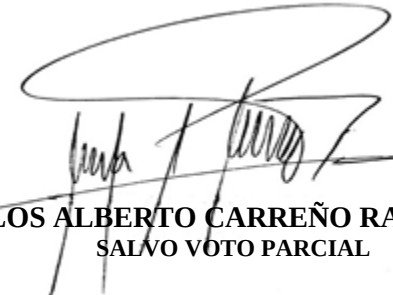
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Valle
PC-05


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL