

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ANA PIEDAD MANCILLA DUARTE
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2020-00184-01
SEGUNDA INSTANCIA	Apelación y consulta en favor de COLPENSIONES.
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 181

Santiago de Cali, treinta (30) 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° 013 de junio 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. 287 del 14 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 (archivo 02DemandaPoder.pdf); en la contestación de COLPENSIONES (archivo 11ConstestacionColpensiones.pdf) y de PORVENIR S.A. (archivo 17MemorialContestacionPorvenirSa.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. 287 del 14 de octubre de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas.

Declaró la ineficacia del traslado de la señora ANA PIEDAD MANCILLA DUARTE, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PORVENIR S.A.

Como consecuencia, ordenó que la actora fuera admitida en el régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al afiliado y ordenó a PORVENIR trasladar todos los aportes realizados al RAIS, con motivo de la afiliación del accionante, con sus respectivos rendimientos financieros.

A la par, ordenó a COLPENSIONES que cargue a la historia laboral de la accionante los aportes realizados por ésta en el RAIS y condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. fijando la suma de \$877.803, a favor de la accionante.

Como argumento de su decisión el *A quo* expresó que en el plenario no existe evidencia de que los asesores del RAIS le hubieran explicado a la accionante 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 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 aquí accionante una asesoría acertada, clara y veraz al momento del traslado, ni que se le hubiera informado a la demandante que tenía derecho a retractarse y la fecha límite para ejercer el mismo, pues a criterio del juzgado el comunicado de prensa no sule esa ausencia probatoria.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** interpone recurso de apelación señalando que no se puede obviar el consentimiento informado para la libre escogencia, que en el presente caso fue materializado con la suscripción de la solicitud de afiliación conforme a lo estipulado en el artículo 114 de la ley 100 de 1993; es decir, dicha situación no se trata solo de una declaración vacía incluida en el formato, sino que contiene un requerimiento legal expresamente señalado en ella, en la que se presume que el firmante es una persona capaz de obligarse.

Agregó que para el momento en el que la demandante suscribió el formulario de afiliación, las AFP no tenían la obligación de tener constancias por escrito de las asesorías brindadas; adicionalmente, es de importancia el hecho de que la accionante se mantuvo afiliada al RAIS durante años y jamás presentó queja o reclamo por considerar que su consentimiento no estuvo debidamente informado, y su permanencia lo que hace es consolidar el hecho de que ella se encontraba conforme con las condiciones del RAIS.

Expuso que de conformidad a lo establecido en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en el presente caso no se alegaron ni acreditaron situaciones o actuaciones dolosas por parte de su representada respecto de la afiliación de la accionante.

Argumenta que al no encontrarse configurado el supuesto de hecho que expresa el artículo mencionado en líneas anteriores para su aplicación, cualquier solicitud relativa a verificar la existencia de vicios de la voluntad, deben entenderse como nulidad relativa, dentro de la cual no resulta razonable que alguno de los contratantes preste su consentimiento a obligaciones que le ocasionan alguna clase de perjuicio, descartándose así en el presente caso, que la accionante no hubiese recibido ninguna información respecto al cambio de régimen.

Arguye que si se aceptara que la demandante incurrió el algún tipo de error para la toma de la decisión, el mismo sería un error de derecho, pues de conformidad con la definición doctrinal, este se refiere a la existencia, naturaleza o extensión de aquellos derechos que son objeto de los negocios jurídicos; que en el presente caso, el error en que incurrió la accionante fue por un supuesto mal asesoramiento que se relaciona con la naturaleza del RAIS que le otorgaba derechos diferentes a los que hubiese tenido si permanecía en el RPM, y por expreso mandato del artículo 1509 del código civil el error de hecho no vicia el consentimiento.

Indicó que en caso que no se acojan los argumentos expuestos, en lo concerniente a la orden de trasladar los rendimientos al RPM, resaltó que en virtud del efecto de la ineficacia de la afiliación, no resulta procedente el traslado de estos, pues una de las principales diferencias entre el RPM y el RAIS, es que en el primero los rendimientos que se genera, en teoría son del fondo común, y en el segundo, pertenecen a la cuenta individual y hacen parte de la conformación necesaria para obtener la pensión de vejez; motivo por el cual, se entiende que los rendimientos generados por mi representada, son el fruto de la excelente gestión como administradora, y dado el efecto de la ineficacia, es como si la demandante jamás se hubiese trasladado al RAIS.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación señalando que la accionante realizó traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, conforme a la Ley 100 de 1993, teniendo así el tiempo suficiente para informarse y documentarse acerca del régimen más favorable para ella, motivo por el cual, la ignorancia de la ley no es excusa en esta situación.

Expone que el apoderado judicial de la parte accionante debió probar eficazmente que PORVENIR incurrió en vicio o causal de nulidad, situación que no se encuentra demostrada más allá del propio dicho de la demandante, razón por la cual no se adecuan los elementos requeridos para que se predique la ineficacia de la afiliación con la presente acción.

Considera que no es procedente la condena en costas en contra de su representada, pues la misma actuó conforme a un deber legar, por lo que solicita que se revoque la sentencia emitida por el *a quo*.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto No. 250 del 07 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 10 y 11 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que PORVENIR cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su 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 los rendimientos y de condena en costas a cargo de 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 26 de enero de 1989 al 30 de diciembre de 1994 cotizando un total de 270,86 semanas (Carpeta expediente virtual - 11ConstestacionColpensiones.pdf); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A el 2 de diciembre de 1994 (Carpeta expediente virtual - 03Anexos.pdf, 11ConstestacionColpensiones.pdf y 17MemorialContestacionPorvenirSa.pdf) habiendo cotizado 1.027 semanas al RAIS; **(iii)** que elevó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 13 de marzo de 2020 (Carpeta expediente virtual - 03Anexos.pdf – fl. 25) y ante PORVENIR el 12 de mayo de esa misma anualidad (Carpeta expediente virtual - 03Anexos.pdf – fl. 17).

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.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 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 a la usuaria 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 afiliada, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

Conforme a lo expuesto, es claro entonces que la referencia de la AFP sobre el saneamiento del acto por el paso del tiempo o ratificación de la parte interesada -nulidad relativa- no es de recibo, puesto que, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1688 de 2019 explicó que:

“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...”

En ese mismo sentido agregó que: *“...La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos...”*

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 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 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 adelante 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 respecto de la devolución de los gastos de administración y se confirma en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia No. 287 del 14 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali en el sentido de CONDENAR a PORVENIR que devuelva igualmente los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes de la accionante.

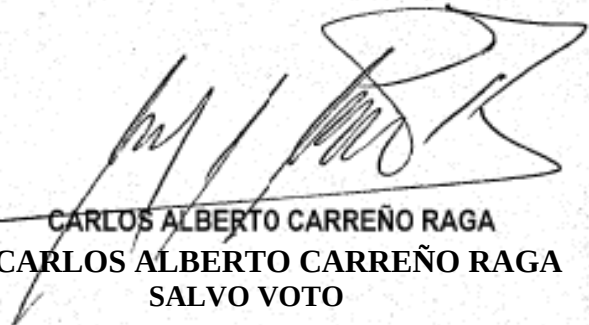
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,


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


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO

JB-05