

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JORGE ERNESTO PERAFAN GIRALDO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-31-05-009-2020-00227-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 197

Santiago de Cali, treinta (30) de julio 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° 014 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. 311 del 28 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE ERNESTO PERAFAN GIRALDO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin que: 1) se declare la nulidad de traslado de régimen, en consecuencia, que se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, 2) que PROTECCION retorne todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación a COLPENSIONES, incluyendo los rendimientos y 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 los archivos 02Demanda.pdf, 12MemorialContestacionPorv.pdf y 14MemorialContestacionDemandaColp.pdf.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 311 del 28 de octubre de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas oportunamente por los apoderados judiciales de las demandadas, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del señor JORGE ERNESTO PERAFAN GIRALDO, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por PORVENIR, ordenando a COLPENSIONES admitir al actor sin solución de continuidad y sin cargas adicionales, conservando el régimen al cual tenía derecho, una vez PORVENIR realice el traslado de los aportes, con sus respectivos rendimientos financieros y sin ningún descuento por cuota de administración. Emite condena en costas contra las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR, fijando como agencias en derecho la suma de \$877.803 a cargo de cada una.

Como argumento de su decisión el *A quo* expresó 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 resultara en error en el traslado como era su deber legal. Señala que tampoco se observa 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) del artículo 3 del decreto 1061 de 1994, como tampoco respecto de la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida, conforme lo dispuesto en el decreto 3800 de 2003 y la fecha límite para ejercer dicho derecho. Expone que el comunicado emitido en general para todos los afiliados no suple la información que en tal sentido debió hacerse de forma directa al actor.

Frente a la prescripción señala que no opera dado que, por tratarse la afiliación a un determinado régimen pensional de un derecho inherente a la pensión, el mismo no prescribe.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, interpone recurso de apelación señalando que no se encuentran acreditados dentro del proceso argumentos para la declaratoria de ineficacia de la afiliación conforme lo establece el artículo 271 de la ley 100 de 1993 en el que se señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social o que impidan dicho derecho, aclarando que a lo que se refiere dicha norma es a situaciones o actuaciones dolosas, las cuales expone que no se acreditaron dentro del presente proceso.

Enseña que, ante la existencia de un evento o situación específica de ineficacia de la afiliación en pensión, no es susceptible por vía de analogía acudir a otras diferentes que no se adecuen al supuesto de hecho expresamente previsto en la norma, arguyendo que en tanto no están configurados los supuestos de hecho que exige la ley 100 de 1993 para su aplicación, cualquier solicitud tendiente a verificar la existencia de vicio del consentimiento debe entenderse como la nulidad relativa.

Agrega que de confirmarse la ineficacia de la afiliación del art. 1508 del Código Civil, el error es de derecho, pues según la definición doctrinal se refiere a la naturaleza o extensión de los derechos que son objeto de negocio jurídico, para el caso concreto el error en que incurrió en este caso el demandante con ese supuesto mal asesoramiento se relaciona con la naturaleza de régimen de ahorro individual quien le otorga unos derechos diferentes a los que tenía si hubiera permanecido en el régimen de prima media con prestación definida; y por expreso mandato del artículo 1509 del código civil el error de derecho en este caso no viciaría el consentimiento del demandante. Agrega que la nulidad relativa es saneable y prescriptible.

Indica igualmente que, de confirmarse la condena de primera instancia, no hay lugar a incluir la devolución de gastos de administración pues dicho porcentaje está destinado a financiar los gastos de administración señalados en la ley 100 de 1993, en consecuencia, no corresponden a una suma de dinero que haga parte de una cuenta de ahorro individual, ni que se encuentren encaminados a aumentar el reconocimiento de una prestación. Agrega que no existe ningún sustento para que se disponga dicho traslado y adicionalmente cualquier reclamación o discusión respecto de lo mismo se encuentra sujeto al fenómeno de la prescripción.

Manifiesta que es inequitativo con el fondo que se le despoje de una suma de dinero que precisamente fue el fruto de la gestión que como administradora efectuó frente a la cuenta de ahorro individual o que le generó al actor unos rendimientos financieros de los cuales se evidencia que se ordenó su traslado con la presente sentencia a COLPENSIONES.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación señalando que acorde a lo dispuesto en la ley 797 del 2003, para efectuar el traslado de régimen es necesario cumplir con una permanencia de cinco años en aquel del cual se quieren desvincular y que falten más de diez años para cumplir la edad de reconocimiento de pensión, motivo este por el que en el presente asunto el traslado del RAIS al RPM no puede hacerse efectivo pues el accionante no cumple en el último supuesto.

Expone que permitir el traslado se convierte en una desmejora para quienes hayan cotizado en el sistema de manera permanente y continua, esto por ser una entidad solidaria que cuenta con aportes comunes para realizar los respectivos reconocimientos pensionales.

Agrega que el traslado del demandante se realizó en su momento al régimen de ahorro individual de forma libre y voluntaria, pues no se acreditó por el afiliado la existencia de vicio alguno que conlleve a su anulación, ya que fue expedido por la autoridad competente observando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria.

Argumenta que la orden de recibir al señor JORGE ERNESTO PERAFAN en COLPENSIONES vulnera a futuro la sostenibilidad financiera.

Finalmente solicitó que de confirmarse la sentencia de primera instancia se ordene a que se reintegren la totalidad de las cotizaciones: Recursos de cuenta individual de ahorros, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínimas, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandante y Porvenir, los que pueden ser consultados en los archivos 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 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.

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 el señor JORGE ERNESTO PERAFAN GIRAL estuvo afiliado al Régimen de Prima Media desde el 10 de mayo de 1985 cotizando un total de 345,56 semanas (fls. 22 a 29 archivo 03Anexos.pdf); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por

HORIZONTE hoy PORVENIR el 1 de julio de 2001 (fl. 71 y 72 archivo *12MemorialContestacionPorv.pdf*), con efectividad a partir del 1 de septiembre de 2001 (fl. 98 archivo *12MemorialContestacionPorv.pdf*), cotizando 818 semanas (Fl. 30 archivo *03Anexos.pdf*); (iii) que elevó solicitud de nulidad de traslado a PORVENIR vía correo electrónico el 29 de abril de 2020 (fl. 41 a 44 archivo *03Anexos.pdf*), la cual fue resuelta negativamente por la AFP en oficio 4107412021804400 (fl. 45 y 46 archivo *03Anexos.pdf*); (iv) que el actor también presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 29 de abril de 2020 (fls. 47 a 49 archivo *03Anexos.pdf*), recibiendo respuesta negativa a la solicitud de traslado en oficio No. BZ2020_4542364-0961847 del 30 de abril de 2020 (fls. 50 a 52 archivo *03Anexos.pdf*).

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 (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 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 de las pruebas allegadas al expediente, específicamente, en el formulario de afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 71 y 72 archivo *12MemorialContestacionPorv.pdf*), nada se indica respecto de las consecuencias que le acarrearía 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, por lo que al no cumplirse con tal deber de información por parte de la AFP, se traduce en su inducción al error del afiliado, lo que constituye uno de los vicios de consentimiento, razón suficiente para desestimar los argumentos de las demandadas.

Si bien se adosó al plenario publicaciones realizados en diarios de amplia circulación (fl. 100 A 102 archivo *12MemorialContestacionPorv.pdf*), esta documental no denota *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, de ahí que tales publicaciones no demuestran que efectivamente se cumplió por la AFP el deber de información e ilustración suficiente.

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.

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 el recurrente pasivo, 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.

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.

Atendiendo los argumentos esbozados por la apoderada de COLPENSIONES referente a la implicaciones que la declaratoria de ineficacia del traslado trae para el sistema, enunciando el principio de sostenibilidad financiera, se advierte que si bien debe apreciarse al momento de definir las políticas del sistema general de pensiones la sostenibilidad financiera del sistema, al punto que este fundó la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, lo cierto es que el mismo no puede ser impedimento, para que en casos como el presente en que se evidencia un acto ineficaz, se impida al afiliado adelantar las acciones correspondientes con el fin de obtener el derecho a su pensión de vejez, en términos dignos, más aun cuando nos encontramos frente a una situación en que una persona celebró un acto sin haber otorgado un consentimiento libre y debidamente informado, por quien tenía el deber de hacerlo.

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, 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.

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 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 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia. 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.

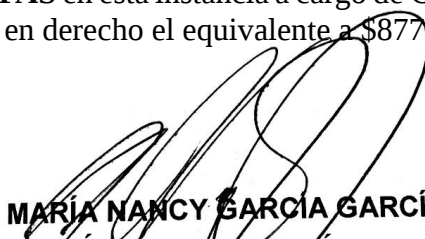
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 311 del 28 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, se fija como agencias en derecho el equivalente a \$877.803.

Los Magistrados,


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


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Voto


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA