

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	LUZ STELLA MORENO ÁVILA
DEMANDADOS	COLPENSIONES y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-008-2020-00313-01
SEGUNDA INSTANCIA	Recurso de apelación PORVENIR y COLPENSIONES y consulta en favor de la última.
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 214

Santiago de Cali, cinco (05) de agosto 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° 015 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 352 del 4 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible en el archivo 05 del expediente digital, en la contestación de COLPENSIONES militante en el archivo 15 y de PORVENIR obrante en el archivo 23, 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. 352 del 4 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y a la par, se declaró la ineficacia del traslado que la demandante hizo de COLPENSIONES a PORVENIR.

En consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora como cotizaciones, rendimientos y sumas recibidas por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

Por último, condenó en costas a PORVENIR y COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que en el caso de autos la AFP PORVENIR S.A. no demostró que hubiera ofrecido a la demandante toda la información completa y detallada de las consecuencias que el traslado le traería, no solo en el momento mismo de la afiliación sino también a futuro, lo que implicaba información sobre la distribución dentro del régimen de sus aportes, lo que iría a su cuenta, lo que se destinaría a gastos administrativos, el riesgo que existía al estar sujetos los aportes a las inversiones que la administradora efectuara y lo más importante, la proyección de a cuánto ascendía la pensión en ambos regímenes, con lo cual se podría determinar que la demandante conocía todas las aristas de su determinación.

Indicó que lo asentado en la solicitud de vinculación al RAIS que aparece firmado por la actora, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria y se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones, no desdice la anterior conclusión, pues lo que se echa de menos es la falta de información clara.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** presentó recurso de apelación manifestando que no es dable la declaratoria de ineficacia que ha sido ordenada, por cuanto su representada sí cumplió con el deber de información que le asistía para la época de la afiliación de la actora, pues le proporcionó información clara, suficiente y oportuna, conforme las normas vigentes, de lo que deduce que el despacho efectuó un análisis anacrónico del tema, pues con posterioridad a su afiliación se expidieron normas que establecían unos requisitos diferentes para el cambio de régimen.

Resaltó que para el año 2002, no le asistía a PORVENIR el deber o la obligación legal de proporcionar información en los términos establecidos por el despacho, por lo que no es posible predicar una falta al deber de información toda vez que en ese contexto no existía la obligación de hacerlo.

Agregó que en caso que se confirme la sentencia, se debe analizar las consecuencias jurídicas derivadas de la declaratoria de ineficacia, esto es, que se debe entender que la afiliación nunca existió y por tanto, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, en primer lugar, porque los mismos fueron descontados conforme lo autoriza el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y fueron utilizados de manera diligente para generar unos rendimientos financieros a los dineros de la cuenta de ahorro individual, que son verificables conforme la evidencia documental que se encuentra al interior del expediente y tampoco es procedente que se ordene su regreso indexado, pues conforme a la sentencia 180 del 4 de septiembre de 2020 con ponencia del Magistrado CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ de la Sala Laboral de esta Corporación, no es posible la indexación de dichas sumas toda vez que los rendimientos financieros son los que garantizan la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo y se estaría haciendo un doble cobro, lo que implicaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

En lo que atañe a la prescripción sostuvo que se pasó por alto la aplicación del artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T.S.S., toda vez que lo discutido es el acto de afiliación y no el derecho pensional en sí, por tanto, ese acto sí es susceptible del fenómeno extintivo, agregando que entender lo contrario sería una vulneración al principio de seguridad jurídica que le asiste a Porvenir.

Por lo expuesto, solicita que se revoque la sentencia proferida y se absuelva a PORVENIR de las pretensiones incoadas en su contra.

La apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que se declaró ineficaz el traslado efectuado por la actora al RAIS sin tener en cuenta que a la fecha cuenta con 59 años de edad, por tanto, ya cumplió la edad requisito para obtener el derecho a la pensión de vejez en el RPM, lo que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, norma conforme a la cual no es posible realizar dicho traslado cuando falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Consideró que la afiliación se realizó en el ejercicio a la libre escogencia de la demandante de escoger el fondo de pensiones, establecido en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, razón por la cual no puede predicarse error o vicio del consentimiento, no existiendo entonces razones fácticas o jurídicas para que COLPENSIONES considere afiliado a quien en la actualidad se encuentra válidamente en otro fondo de pensiones.

Agregó que la parte demandante no probó lo contrario, pese a recaer en ésta la carga de la prueba conforme al artículo 167 del C.G.P. y que en el interrogatorio de parte manifestó la actora que ella diligenció y firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria y que el asesor del RAIS sí le brindó asesoría, que tampoco la parte actora solicitó proyecciones pensionales a su fondo de pensiones, ni hizo uso del derecho al retracto.

Señaló que la actora no reúne los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, pues no es beneficiaria del régimen de transición y además está en la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, que COLPENSIONES no tuvo ninguna injerencia en el traslado efectuado por la actora y por tanto, considera que no se le debió condenar en costas, pues es una situación ajena a la entidad, por lo que solicita se revoque la sentencia y se absuelva a Colpensiones de las pretensiones de la demanda, costas y agencias en derecho.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto 257 del 7 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandante y demandados, los que pueden ser consultados en los archivos 05 a 07 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 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.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración indexados 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 ISS desde el 3 de septiembre de 1986 al 30 de abril de 2007, cotizando un total de 850 semanas (fl. 21);
- (ii) que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR (fl. 17 y 18) donde ha cotizado desde julio de 2002 un total de 919 semanas (fls. 20, 23 a 27) y;
- (iii) que elevó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 27 de noviembre de 2019, recibiendo respuesta desfavorable mediante misiva de la misma calenda (fls. 12 a 14).

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 (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.

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* 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 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 pudiera 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 obrantes en el expediente, nada se indica respecto las consecuencias que traía 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 cual 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 al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que este 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.

La Sala considera oportuno precisar frente al razonamiento del apelante según el cual sólo para los destinatarios del régimen de transición se admite por la jurisprudencia la nulidad del traslado, que el mismo es desacertado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

En efecto, en la jurisprudencia sobre el tema¹, se ha establecido que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y CSJ SL 1688-2019

importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Ahora bien, arguye el recurrente pasivo que la demandante en su interrogatorio adujo haber recibido asesoría y que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, sin embargo, al escuchar lo dicho por la señora MORNEO ÁVILA en su declaración, no encuentra la Sala evidencia que el afiliada conociera las implicaciones que le traería el traslado del régimen ni tampoco que tuviera claro el funcionamiento del RAIS, pues es evidente que la información que recibió por parte del fondo privado comprendió únicamente los beneficios del régimen más no las desventajas que tal tránsito le podría acarrear, llegando a afirmar incluso la declarante que no recibió la información que necesitaba para comprender las implicaciones de aquélla decisión, que no fue amenazada para suscribir el formulario pero sí cree que fue engañada y coaccionada pues las explicaciones dadas en su momento no fueron sinceras, lo que de contera demuestra que, tal como lo adujo el a-quo, la parte actora no conocía cómo funciona el régimen de ahorro individual.

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, lo que deviene entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación a algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos y gastos de administración, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman 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 las AFP demandadas, no existen razones jurídicas para que éstas no trasladen 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 ineficacia de la afiliación fue originada en omisiones endilgadas a las administradoras 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 por PORVENIR a cargo de su 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.

Sobre la improcedencia de la indexación de los gastos de administración es menester precisar que esta corresponde a una medida de compensación de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, para garantizar que la administradora reciba un valor real en cuanto dicho concepto, en los términos que los debió percibir de haber permanecido la actora vinculada al régimen de prima media; lo que es claramente diferenciable de los rendimientos que hacen relación exclusiva a los aportes de la cuenta de ahorro individual, sobre los que no

procede indexación. Estamos así frente a dos medidas diversas para dos efectos distintos, que no se deben confundir.

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.

Ahora bien, 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).

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.

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 con el que se surtió su vinculación a este régimen, pues no debe pasarse por alto que ésta 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 actora pudiera establecer cuál régimen le favorecería 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.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR 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

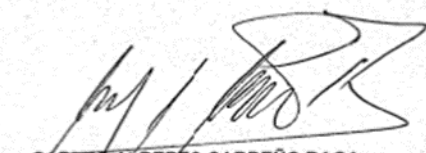
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 352 del 4 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, 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 Dcto 491 de 2020)


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


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