

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GLORIA PATRICIA RAMIREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-014-2019-00781-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA COLPENSIONES
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 262

Santiago de Cali, seis (06) septiembre 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° 019 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y consulta a favor de la misma en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 390 del 14 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **GLORIA PATRICIA RAMIREZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: 1) se declare la ineficacia del primer traslado que efectuo del ISS a PORVENIR; 2) que como consecuencia de lo anterior, se ordene la transferencia de los aportes y/o capital, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses y gastos de administración a COLPENSIONES; y 3) que se condene en costas a PORVENIR y COLPENSIONES.

En virtud del 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 los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en los folios 2 a 10 demanda; 28 a 38 la contestación de COLPENSIONES y 62 a 72 la contestación de la AFP PORVENIR S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia 390 del 14 de diciembre de 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, accediendo a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR que data del mes de junio de 1995.

Como consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, señaló que siempre

permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, ordenando a COLPENSIONES a aceptar el retorno de la accionante al RPM.

A la par condenó en costas a cargo de PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que cuando la afiliada efectuó el traslado de régimen la AFP no le brindó la información necesaria, clara y por escrito sobre las causas y efectos que le ocasionaría el trasladarse de fondo, manifestando que se acogían entonces las pretensiones de la parte actora y los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, pues en el plenario no se allegó material probatorio que permitiera demostrar que la AFP cumplió con el deber de información en medio de la asesoría brindada y que el hecho de que la demandante fuera pionera del RAIS, genera credibilidad respecto al hecho de que no sabía que era lo que estaba firmando.

Indicó que la consecuencia de la nulidad es la devolución por parte de PORVENIR y con destino a COLPENSIONES de las cotizaciones adicionales, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de aseguradora con todos sus frutos e interés que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia recurrida, pues considera que al realizarse el traslado de régimen de la demandante del RAIS al RPM, se crea un traumatismo para el Estado, pues la prestación queda en cabeza de su representada y crea como consecuencia, una inestabilidad jurídica y financiera.

Expuso que fue tan solo hasta el año 2015 que se reglamentó el deber de información hacia las AFP, pues esta situación fue establecida por la jurisprudencia y para la época en la que se dio el traslado de la aquí demandante, dicha exigencia de suministrar información completa no existía.

Manifestó que en caso de confirmarse la decisión del *a quo*, solicita se adicione la sentencia en cuanto a la devolución de gastos de administración previstos en los artículos 13 literal Q) y el artículo 20 de la ley 100 de 1993 por los periodos en PORVENIR administró las cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a su propio patrimonio, y con los rendimientos que se hubiesen producido.

Finalmente, solicitó que se revocara la condena en costas impuesta a su representada, arguyendo que las circunstancias en las que se realizaron los traslados de régimen pensional, eran ajenos a la entidad porque su efectividad y validez no dependía de ella, y adicionalmente, no se evidencia negligencia en el actuar de la misma.

En los aspectos que no fueron materia de apelación se conoce del proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la Porvenir S.A., los que pueden ser consultados en el archivo 06 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, los gastos de administración, primas de seguros y la 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, pues así fue aceptado por COLPENSIONES en la contestación del hecho segundo de la demanda. (fl. 28)

(ii) que se trasladó al RAIS administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 20 de junio de 1995 (Carpeta 02PruebasContestación2019-781.zip – archivo Formulario de afiliación Colpatria.pdf) con fecha de efectividad del 1 de julio de 1995, que posteriormente se ejecutó cesión por fusión hacia la AFP HORIZONTE con fecha de efectividad del 29 de septiembre del 2000 y finalmente, se realizó nuevamente cesión por fusión hacia PORVENIR con fecha de efectividad 1 de enero del 2014 (Carpeta 02PruebasContestación2019-781.zip – archivo SIAFP.pdf)

(iii) que elevó solicitud a PORVENIR el 28 de octubre del 2019 (fl. 12) con el fin que se autorizara el traslado a COLPENSIONES, la cual le fue negada por la AFP PORVENIR el 5 de diciembre del 2019 (Carpeta 02PruebasContestación2019-781.zip – archivo Respuesta derecho de petición.pdf).

(iii) que suscribió formulario de afiliación a COLPENSIONES el 7 de noviembre de 2019 (fl. 13), la cual le fue rechazada por la Administradora mediante oficio No. 2019_14991758-21235198 del 7 de noviembre de 2019 (fl. 14), por encontrarse a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensionarse.

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 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 allegadas al expediente, específicamente, en el formulario de afiliación a COLPATRIA (Carpeta 02PruebasContestación2019-781.zip – archivo Formulario de afiliación Colpatría.pdf) que fue absorbido por HORIZONTE y luego por PORVENIR S.A., 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 la recurrente.

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, por lo que debe recibir para tal efecto las 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 consideración a lo anterior, se adicionara la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. trasladar los aportes, rendimientos y gastos de administración que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

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, integrados 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 pretensiones que no están sometidas al efecto extintivo del paso del tiempo, dado su carácter declarativo, y por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de ahí que la acción de nulidad se encuentra revestida 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.

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, y en razón del grado de consulta que surte en favor de COLPENSIONES, se adiciona la sentencia recurrida con el fin de ordenar a PORVENIR que efectúe la devolución de los gastos de administración y rendimientos, que percibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

Costas en esta instancia a cargo de 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,

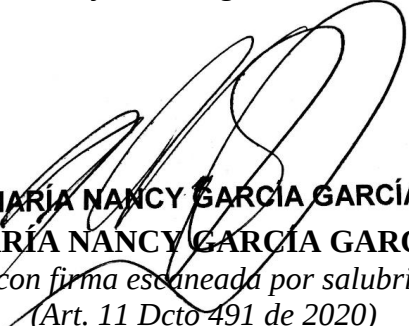
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia No. 257 del 18 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali en el sentido de CONDENAR a PORVENIR que efectúe la devolución de la totalidad de los aportes, incluidos gastos de administración, primas, rendimientos que percibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

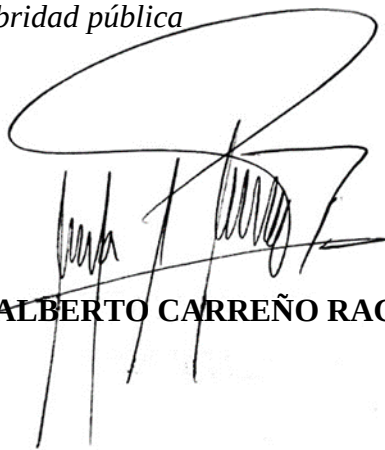
Los Magistrados,


MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA

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

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
03


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA