

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	ELIZABETH BENSUR ALALUFF
DEMANDADOS	COLPENSIONES, COLFONDOS Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-009-2020-00130-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No. 415

Santiago de Cali, treinta (30) de noviembre 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° 27 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES y consulta a favor de la misma en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 053 del 23 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

La señora **ELIZABETH BENSUR ALALUFF** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: 1) se declare nulo y por tanto sin validez el traslado suscrito el 1 de enero de 1996 del RPM a PORVENIR S.A., así mismo la afiliación realizada el 1 de octubre de 1997 a COLFONDOS S.A. y la del 1 de marzo de 2002 a PORVENIR S.A., ante la omisión de los fondos del deber de información, en consecuencia, 2) se ordene a PORVENIR y COLFONDOS, devolver a COLPENSIONES los valores contenidos en el saldo de la cuenta de ahorro individual del actor, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos frutos e intereses que se hubieren causado, así como el porcentaje destinado al Fondo de garantía de pensión mínima, y lo correspondiente a los bonos pensionales en caso de haber sido redimidos los mismos.

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 a los folios la demanda visible a folios (4 a 21 01Expediente.pdf) ; en la contestación de COLPENSIONES a folios (104 a 109 01Expediente.pdf) , en la respuesta de PORVENIR de folios (2 a 2717MemorialContestacionDemandaPorv.pdf) y la contestación de COLFONDOS militante a folios (1 07MemorialContestacionDemandaColf.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 053 del 26 de febrero de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas, y por lo tanto accedió a la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR y consecuentemente los demás traslados realizados por la accionante.

Como consecuencia, ordenó que la señora ELIZABET BENSUR ALALUFF sea admitida al RPM, sin solución de continuidad ni cargas adicionales, igualmente condenó a PORVENIR S.A a transferir a COLPENSIONES todos los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con sus rendimientos y porcentaje de garantía de pensión mínima.

A su vez, ordenó a COLPENSIONES a cargar los valores recibidos por PORVENIR a la historia laboral de la demandante, simultáneamente le ordenó a PORVENIR devolver a la OBP. los bonos pensionales que hubiere recibido y finalmente condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR fijando como agencias en derecho el equivalente a \$908.526 a cargo de cada una.

Como argumento de su decisión señaló el *A quo* que, aunque en los formularios aportados al proceso firmados por la actora se indica que la misma fue asesorada en debida forma, dentro del proceso no se allegó evidencia que demuestre que los asesores de las AFP demandadas le explicaron las consecuencias del traslado, desventajas y ventajas del RAIS para que ella tuviera la posibilidad de elegir entre uno y otro régimen, teniendo las administradoras de los fondos de pensiones la carga de la prueba para acreditar que brindaron una información clara, veraz y que no indujera al error.

Igualmente, señaló que no se puede considerar que con los comunicados de prensa dirigidos al público en general, se agotó la obligación de brindarle información necesaria a la actora y de informarle de su derecho al retracto, conforme lo establece la ley.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación solicitando se revoque la decisión dictada en primera instancia, en tanto la AFP cumplió con la obligación que le exigía la ley al momento de la afiliación de la demandante, dado que para la época que la señora BENSUR ALALUFF se trasladó de régimen, el decreto 663 de 1994 sólo exigía el formulario de afiliación, con lo cual se cumplió. Así mismo, indicó que de la lectura de la demanda se desprende que la inconformidad de la parte actora no radica en la falta de información de los fondos, sino en la expectativa pensional que tenía, por ello se debe considerar que operó el fenómeno prescriptivo, puesto que no está en riesgo el derecho pensional sino la afiliación realizada.

Por otra parte, explicó que el deber de información es recíproco, por cuanto no están frente a una relación contractual sino administrativa en la que no se puede premiar el desconocimiento de la ley, debido a que esta es de público conocimiento.

Por último, precisó que no se puede condenar a PORVENIR a retornar los dineros por concepto de garantía de pensión mínima, puesto que su representada no administra dichos valores.

Por su parte la apoderada de **COLPENSIONES** señaló que no es procedente el retorno de la señora ELIZABETH BENSUR ALALUFF al régimen de prima media, en tanto la actora cuenta con 58 años de edad, lo que significa que ya cumplió la edad para adquirir pensión de vejez y se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la

ley 797 de 2003 y para que proceda su retorno la demandante debe acreditar la pérdida de una expectativa legítima por la decisión de trasladarse al RAIS, ya que no demostró vicio del consentimiento.

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 dispuesto en el art. 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, las apoderadas de la parte demandada COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. que pueden ser consultados en el archivo 06 y 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 COLFONDOS y PORVENIR cumplieron 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, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas.

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 vinculada al Régimen de Prima Media desde el 26 de junio de 1991, cotizando un total de 29,57 semanas (fls. 114 a 115 01Expediente.pdf);
- (ii) que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 03 de octubre de 1995 (fl. 31 01Expediente.pdf y 31 a 32 17MemorialContestacionDemandaPorv.pdf);
- (iii) que luego la actora se afilió a COLFONDOS el 01 de abril de 1998 (fl. 1 01Expediente.pdf),
- (iv) que se afilió el 22 de enero de 2013 nuevamente a PORVENIR S.A. (fl 34 17MemorialContestacionDemandaPorv.pdf) fondo en el que actualmente se encuentra vinculada y tiene cotizadas un total de 1.333 semanas (46 a 56 17MemorialContestacionDemandaPorv.pdf),
- (v) que el 21 de octubre de 2019 elevó solicitud de nulidad de traslado del RPM al RAIS (fl 57-64, 01Expediente.pdf), ante COLPENSIONES, argumentando engaño por parte de la AFP a la que se encontraba afiliada; petición que fue negada por la Administradora en oficio No. BZ2019_14302792-3127132 del 22 de octubre de 2019 (fls 65-67 01Expediente.pdf).
- (vi) Igualmente presentó petición a PORVENIR S.A. para que se declarara la nulidad de la afiliación (Fls. 68-74, archivo 01Expediente.pdf), la que fue negada por la AFP a través de oficio No. 0103802047332600 sin fecha (fls. 85-88, archivo 01Expediente.pdf).

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar 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 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, una 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, 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.

Si bien a folio 45 a 46 01Expediente.pdf se observa cálculo de mesada pensional efectuado por PORVENIR en la que se indica a cuánto ascendería la posible mesada en el RAIS, en la misma no se hace un análisis comparativo frente a la cuantía de la prestación en el RPM, además se observa que dicha información se suministró a la afiliada cuando ya se había vencido la oportunidad para trasladarse.

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 para el afiliado.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR el cumplimiento de las 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 2° de la Ley 797 de 2003 pues la consecuencia práctica de la exclusión de todo efecto jurídico en el acto de traslado es “*restituir las cosas a su estado anterior*”, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de Colpensiones.

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 los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir los rendimientos y el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

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 inapropiada 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 por la AFP 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.

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 y COLFONDOS la devolución del porcentaje destinado a los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes de la accionante, el que igualmente incluye la prima de seguros de invalidez y sobrevivencia y prima FOGAFÍN.

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 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 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 de carácter declarativa, relativas a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adiciona la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a PORVENIR y COLFONDOS la devolución del porcentaje destinado a los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes de la accionante, el que igualmente incluye la prima de seguros de invalidez y sobrevivencia y prima FOGAFÍN. 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 MEDIO SMLMV a cargo de cada una.

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: ADICIONAL la sentencia No. 053 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali en el sentido de ordenar a PORVENIR y COLFONDOS la devolución del porcentaje destinado a los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes de la accionante, el que igualmente incluye la prima de seguros de invalidez y sobrevivencia y prima FOGAFÍN.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: 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 MEDIO SMLMV, a cargo de cada una.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
el uso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

J0-03