

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ALBA RUTH LIBREROS LOZADA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-004-2019-00125-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No.358

Santiago de Cali, veintinueve (29) de octubre 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° 24 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. 161 del 28 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

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 folios 3 a 15 demanda, 40 a 44 la intervención de Ministerio Público y 69 a 87 la contestación de COLPENSIONES. (Expediente76001310500420190012500.pdf)

Mediante Auto Interlocutorio No. 962 del 27 de julio de 2020 se tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR (fl. 108 Expediente76001310500420190012500.pdf) a quien se les notificó de la admisión de la demanda el día 25 de noviembre de 2019 (fl. 104 archivo Expediente76001310500420190012500.pdf).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 161 del 28 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones, en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ALBA RUTH LIBREROS LOZADA realizada a PORVENIR S.A.

A la par, ordenó a la AFP, realizar el traslado de la totalidad de lo ahorrado por la demandante junto con sus rendimientos a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, igualmente determinó que Colpensiones debía recibir la totalidad de lo ahorrado por la accionante y conservar todos los derechos y garantías que tenía la actora antes de efectuar el traslado del RPM al RAIS.

Finalmente, condenó a PORVENIR S.A. a pagar la suma de \$900.000 y a COLPENSIONES a pagar el valor de \$200.000 por concepto de costas procesales.

Como argumento de su decisión expresó el A quo que, la solicitud de ineficacia de la afiliación se fundamenta en el incumplimiento del deber de información que consagra el estatuto financiero en su artículo 97 numeral 1, en tanto dicho reglamento les impone a las AFP la obligación de informar de manera clara, suficiente y veraz al posible afiliado. las características, ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, para que la decisión que tomen sea considerada libre y voluntaria; manifestó que la sola información de la existencia del régimen de transición, no basta para atender el deber de información, Maxime que la accionante ni siquiera tenía requisitos para ser beneficiaria de éste régimen, por tanto se tenía que explicar comparativamente de las características del RAIS y el RPM, las ventajas de continuar en el RPM, las ventajas de trasladarse y las desventajas de ambos regímenes, solo así era posible la satisfacción del deber de información.

Igualmente señaló que dentro del proceso no quedó demostrado en qué forma se atendió el deber de información, puesto que la sola suscripción del formato de afiliación no basta para dar por satisfecho el mismo, indicando que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la carga de la prueba la tiene la administradora de pensiones, pues a esta le corresponde guardar los documentos necesarios para demostrar que verdaderamente acató el deber de ilustrar al posible afiliado sobre las características del régimen.

Por último, resolvió que las excepciones propuestas por la administradora colombiana de pensiones no estaban llamadas a prosperar, pues sí le asiste derecho a la actora a que se declare la ineficacia de traslado y frente a la excepción de prescripción determinó que por ser la afiliación un elemento esencial del derecho pensional es imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la AFP de las pretensiones de la demanda, debido que al momento de realizarse el traslado ya se encontraba vigente la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, además arguyó que los criterios subjetivos del deber de información se cumplieron, en tanto la obligación de Porvenir era informar sobre las condiciones particulares de la demandante y que en éste caso la accionante al realizar el traslado no ponía en riesgo su situación pensional, por cuanto no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima.

Simultáneamente, manifestó que el formulario de afiliación no es un simple formato sino una prueba en contra de los hechos de la demanda, pues comprueba que la demandante recibió la información necesaria y no solo lo concerniente al régimen de transición. Explicó que frente a la inconformidad por el monto de la mesada pensional, no es admisible la ineficacia de traslado, máxime si se tiene en cuenta que la cuantía de la mesada solo se puede calcular en el tiempo dependiendo de los aportes que se realicen, los beneficiarios, la expectativa de vida de estos, la tasa de reemplazo y los rendimientos que se causen, situaciones que no eran propias del momento que se realizó la afiliación, por esa razón se debe considerar que la AFP cumplió con su deber.

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el a-quo indicando que la realización del traslado no estaba en cabeza de su defendida, por lo que considera que la entidad actuó de buena fe y sometida a la ley, por lo que solicita se absuelva a la entidad de la condena en costas.

En lo no apelado será materia de decisión en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, art 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que pueden ser consultados en los archivos 04 y 05 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 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 y si hay lugar 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 del 13 de mayo de 1987 al 31 de mayo de 2004 cotizando un total de 561 semanas (fl. 23); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. a partir de junio de 2004 donde ha cotizado a la fecha de presentación de la demanda 702 semanas, (fls. 27); **(iii)** que el 7 de junio de 2018 solicitó afiliación ante COLPENSIONES (fl. 31), recibiendo respuesta desfavorable mediante misiva de la misma fecha (fl. 32).

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 obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos por la actora, 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 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 30 se observa un cálculo de la mesada pensional efectuado por PORVENIR en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hacen análisis comparativos frente a la cuantía de la prestación en el RPM, además se observa que dicha información se suministró a la afiliada cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse.

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 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 aún 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 de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como 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 con 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, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, 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 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 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 el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En ese orden de ideas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primer grado para ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

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).

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 pretensiones de índole declarativa, que corresponden a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de allí 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. Así lo expuso 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.

Corolario de lo anterior, se adiciona la sentencia recurrida para ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante. 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: ADICIONAR la sentencia No. 161 del 28 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

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 UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA
Se suscribe con firma estaneada por salubridad pública
(Art. 11 Deceto 491 de 2020)

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Voto
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO POR LA CONSULTA

JO-05