

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 ELENA PIÑEREZ PACHECO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-018-2020-00150-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 033

Santiago de Cali, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

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° 002 de 2022, 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. 134 del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada SANDRA MILENA PARRA BERNAL identificada con T.P. No. 200.423 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

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 el archivo 01 demanda, archivo 07 contestación Colpensiones, archivo 10 intervención del Ministerio Público y en la respuesta de PORVENIR obrante en el archivo 13.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 134 del 4 de mayo de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS administrado por PORVENIR.

A la par, condenó a PORVENIR S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los dineros que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de

seguros y reaseguro, así como también ordenó pagar las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, debidamente indexadas. Así mismo le ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado del accionante y actualizar su historia laboral una vez se devuelvan los dineros en el término de dos meses.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandada por resultar vencida en juicio, fijando como agencias en derecho el equivalente a UN SMLMV para cada una.

Como argumento de su decisión expresó el *A quo* que, la omisión en el deber información que se le asigna a las AFP comporta una causal de ineficacia de la afiliación, sin que sea menester exigir la comprobación de otros vicios del consentimiento. Paralelamente, manifestó que al plenario no se arrimó prueba ni siquiera sumaria que demostrara que PORVENIR al momento de realizar el traslado le brindó a la demandante información transparente, necesaria y que tal falencia probatoria permitió inferir que no hubo una labor de acompañamiento de manera completa por parte de los asesores del RAIS, lo que motivó al despacho a declarar la ineficacia de la afiliación.

Por último, precisó que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar, en atención a que los derechos ni los estados de derecho están sujetos al fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación respecto a la condena en costas, pues considera que la entidad no participó en el acto que se declara nulo o ineficaz y guarda relación con la conducta de un tercero ajeno y que respondió de manera oportuna la solicitud de afiliación, negando la misma, por estar incurso la actora en la prohibición contenida en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, además porque consideró que la accionante ratificó su voluntad de afiliación al RAIS con la suscripción del formulario de vinculación.

Agregó que COLPENSIONES no es una autoridad competente para declarar la ineficacia de la afiliación, ni tampoco es la entidad responsable de los actos generadores de la presente acción, por lo que solicita se revoque la condena en costas.

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión indicando que la entidad sí cumplió con el deber de información que le era exigible para la época del traslado ocurrido en el año 1996, es decir, que brindó información de manera verbal sobre las características de ambos regímenes, resaltando que para la época del traslado la AFP no estaba obligada a guardar constancia escrita sobre la asesoría.

Añadió que imponer a la AFP el deber de demostrar la información suministrada, es dejarlo en un estado de indefensión probatoria, como quiera que, con lo único que cuenta es con el formulario de afiliación, además la decisión se adoptó de manera libre, voluntaria y sin presiones, como se afirmó en el interrogatorio de parte y que la inconformidad radicaba en el monto pensional de su mesada más no que no hubiere sido informada.

Consideró que a la demandante también le asistía la obligación de acudir debidamente informada al acto de afiliación y que el deber de información no sólo estaba en cabeza de la administradora de pensiones, por lo que le correspondía a la afiliada tener diligencia y cuidado de su parte.

Sobre la condena impuesta relativa a la devolución de los rendimientos sostuvo que,

si la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que todo vuelva a su estado anterior, se debe entender también que la AFP nunca administró los aportes de la actora y por tanto, no se generaron rendimientos, por lo que tal condena es improcedente.

Respecto a la orden de retornar los gastos de administración señaló que no está acorde con los artículos 1746 y 1747 del C.C. en los que se establece lo pertinente a las restituciones mutuas, pues aduce que no puede ordenarse devolver los aportes y a su vez, los dineros que invirtió para incrementar el capital, además que tales comisiones están creadas con una destinación específica que ya se cumplió.

También se opuso a la condena relativa a devolver las sumas destinadas al pago de los seguros previsionales, como quiera que dichas sumas se encuentran autorizadas en la ley y ya fueron entregadas a la aseguradora respectiva para la cobertura correspondiente, es decir que, esos dineros no se encuentran en poder de Porvenir.

En cuanto a la devolución de los bonos pensionales y demás condenas, refirió que en la cuenta de ahorro individual no se reportan sumas por estos conceptos, como quiera que no ha sido redimido aún por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Sobre la orden de devolver indexados los gastos de administración señaló que, al no incurrir la AFP en ningún tipo de falta de derecho, no tendría por qué ver afectado su patrimonio, pues no obró de mala fe, ni desconoció la normatividad vigente, por lo que solicita se revoque la condena impuesta.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto 25 de agosto de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de la parte DEMANDANTE, PORVENIR y COLPENSIONES 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 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 la devolución de los gastos de administración y primas, rendimientos y bonos pensionales 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 se afilió al extinto Instituto de los Seguros Sociales desde el 20 de marzo de 1987 hasta diciembre de 1998, cotizando en dicha administradora un total de 370 semanas (fl. 23 del archivo 01);

- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir el 19 de febrero de 1999 (fl. 20 archivo 01), donde ha cotizado hasta la fecha de presentación de la demanda un total de 1.067 semanas (fl. 27 del archivo 01);
- (iii) Que elevó solicitud de afiliación a Colpensiones el 6 de marzo de 2020 (fl. 32 archivo 01) y a través misiva de la misma calenda dicha administradora le negó lo pretendido argumentando que la actora se encontraba a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (fl. 32 archivo 01).

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 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 sus inicios 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 el formulario de afiliación suscrito 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 aspirante a afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el usuario 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 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 el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del 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 2° 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 bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y primas, 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 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 bonos pensionales, en caso que se hubieren recibido, el porcentaje destinado a gastos de administración y primas de fogarín y seguros previsionales.

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.

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).

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para la actora.

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 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. 134 del 4 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: 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.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

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


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA