

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	IRMA JANNETH SANABRIA GÓMEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-007-2021-00263-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 041

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 el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 155 del 27 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

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 03 la demanda, archivo 07 contestación Colpensiones y archivo 09 respuesta Porvenir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 155 del 27 de julio de 2021, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y en consecuencia declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la accionante del RPM al RAIS

A la par, ordenó a PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión a la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, estos últimos a cargo de su propio patrimonio.

Igualmente, condenó en costas a PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV.

Como argumento de su decisión indicó el *A quo* que en el caso objeto de estudio brilló por su ausencia que la actora hubiera recibido información completa sobre ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, no se contrastaron las características de ambos regímenes vigentes, pues del formulario de afiliación no se puede deducir que hubiere recibido información clara, precisa y oportuna respecto de su situación actual comparada con la que tendría en el régimen de prima media con prestación definida, dado que toda la información que se le brindó gravitó sobre el régimen privado, situación que produce un sesgo en el afiliado por desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en el sistema pensional alterno.

Agregó que tampoco se le informó a la actora que necesitaba un capital mínimo para pensionarse, cómo serían distribuidos sus aportes, que la rentabilidad de los mismos dependería de las inversiones del fondo ni se le indicó de la posibilidad de retractarse, por lo que concluyó que el traslado no cumplió con el deber debido de información y transparencia y por eso procedía la declaratoria de ineficacia.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión solicitando se revoquen todas las condenas impuestas. Para el efecto, sostuvo que, la entidad asesoró a la actora en la forma como estaba prevista para la época del traslado, año 1996, razón por la cual la asesoría fue verbal y no se dejaba constancia escrita de la información brindada, además que debía tenerse en cuenta que la demandante tiene altas calidades académicas por lo que tenía conocimiento de las consecuencias de la decisión.

Añadió que la obligación de dejar constancia sobre la asesoría ofrecida nació en el año 2014, por lo que una proyección que se hiciera en el año 1996, no arrojaría datos exactos o siquiera certeros sobre la situación de la afiliada, pues el salario varía con el tiempo, por lo que refiere que, sólo cuando se solicita la pensión, se analiza de forma definitiva la viabilidad del derecho reclamado.

Considera que la acción se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo, así como respecto a los gastos de administración, porque no se está en discusión un derecho pensional, si no la decisión de la parte actora de trasladarse de régimen pensional.

Refirió que la condena impuesta relativa a la devolución de los gastos de administración es improcedente por cuanto dichas comisiones están consagradas en la ley y si se trasladan a Colpensiones se incurre en un enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad y de la parte actora, máxime que éstos no incrementan el capital para el cálculo del ingreso base de liquidación.

Indicó que debió tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 113 de la ley 100 de 1993 que dispone que en un traslado se deben devolver las cotizaciones y rendimientos, sin que dicha norma disponga todos los emolumentos que se indicaron en la sentencia.

Resaltó sobre las sumas adicionales de la aseguradora que, dichos montos sólo se causan cuando ocurre un siniestro de invalidez o sobrevivencia, que no es el caso de la actora, por lo tanto la AFP no ha recibido suma alguna por ese concepto, ni tampoco por bonos pensionales, ni frutos e intereses.

El asunto se conocerá igualmente en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 25 de agosto de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en términos la apoderada de la parte

DEMANDANTE y PORVENIR los que pueden ser consultados en los archivos 05 y 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 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 las cotizaciones, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales y gastos de administración.

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 señora IRMA JANNETH SANABRIA GÓMEZ, prestó sus servicios al INSTITUTO MARQUÉS DE SAN JORGE DE FUNZA – CUNDINAMARCA entre enero a diciembre de 1990, periodo respecto del cual se evidencia solicitud de corrección de historia laboral presentada ante Colpensiones el 3 de abril de 2019, para inclusión de dichos periodos en su historia laboral (archivos 1 y 2 del expediente administrativo);
- (ii) Que se afilió al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR desde septiembre de 1996 (fls. 10 a 19 archivo 04); AFP en la que se encuentra actualmente afiliada y tiene un total de 1.234 semanas;
- (iii) Que el 25 de enero de 2021, elevó petición ante Porvenir solicitando la nulidad de la afiliación (fls. 20 a 23 archivo 04) y ante Colpensiones radicó la misma pretensión el 27 de enero de 2021 (fls. 24 a 26 archivo 04).

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 (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.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

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 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 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 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 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 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 cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, en caso que se hubieren recibido, frutos e intereses, rendimientos, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el porcentaje de 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.

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 declarativo, 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.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) 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. 155 del 27 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) 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
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA