

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	MARIA EUGENIA DELGADO GALLEGO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-3105-017-2019- 00308-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN PORVENIR; CONSULTA COLPENSIONES
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia afiliación al RAIS
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 196

Santiago de Cali, treinta (30) de julio 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° 014 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, respecto de la sentencia No. 070 del 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **MARIA EUGENIA DELGADO GALLEGO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, con el fin que: 1) se declare la nulidad de traslado de régimen, en consecuencia, que se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, 2) que PORVENIR traslade todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos, sin descuento de los valores erogados por gastos de administración, ni las mermas sufridas por el capital.

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 34 a 43 demanda, 60-64 contestacion COLPENSIONES y 82-96 contestacion PORVENIR S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 070 del 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones formuladas y en su lugar se declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora **MARIA EUGENIA DELGADO GALLEGO** con **PORVENIR** en el año 1996, ordenando el retorno al RPM.

Como consecuencia condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración con cargo al patrimonio propio de PORVENIR. A la par, dispuso que COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señora MARIA EUGENIA DELGADO GALLEGO e impuso condena en costas a PORVENIR, en el equivalente a UN SMLMV.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que PORVENIR incumplió con el deber de información al accionante, pues no puede advertirse con la simple suscripción del formato de afiliación que brindó la información necesaria a la señora MARIA EUGENIA DELGADO, advirtiéndole que ello requiere un despliegue probatorio más amplio que permita observar el conocimiento pleno que obtuvo la demandante para tomar una decisión libre y voluntaria frente a su afiliación al RAIS, carga que insiste le correspondía a PORVENIR S.A.

Expone que si bien a folios 9 a 12 reposa una simulación pensional elaborada por PORVENIR S.A. la misma no emerge como suficiente para tenerla como validación a efectos de confutar el vicio que se presentó en la afiliación de la actora.

Frente a la prescripción indicó que, por tratarse la pretensión de marras de las que la doctrina denomina declarativa pura no es prescriptible, mas aun cuando lo pretendido gira en torno a derechos pensionales los cuales gozan de la garantía de imprescriptibilidad ya que tienen rango constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR**, interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la AFP de las pretensiones de la demanda, arguyendo que no existe unanimidad en el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a las pretensiones de nulidad e ineficacia del traslado. Refiere que cada caso particular debe ser analizado, y en el presente no es dable aplicar el efecto jurídico de una ineficacia del traslado, porque frente a la situación concreta la demandante se quedaría sin seguridad social, pues el efecto de la ineficacia es considerar que el acto jurídico nunca existe evidentemente por falta de requisitos, que es una figura expresa en el código de comercio, donde por falta de requisitos no entra a la vida jurídica el mismo acto; y por su parte la nulidad es retrotraer el acto jurídico ya sea por una nulidad relativa frente algún vicio en el consentimiento sea fuerza, error o dolo; pues no es viable y no es ajustado a derecho considerar que deba trasladarse la demandante al régimen de prima media hoy administrado por COLPENSIONES porque evidentemente nunca estuvo ahí; y no solamente está contrariando la decisión el efecto de la misma figura jurídica, sino también lo que ha querido indicar la Sala Laboral frente a los casos de nulidad e ineficacia del traslado.

Indicó que en este caso evidentemente es un caso particular, porque no existe un traslado de régimen, existe una vinculación inicial donde la demandante estando frente a la vigencia de la ley 100 de 1993 porque en ningún momento estuvo cobijada por leyes anteriores a la ley 100, decidió voluntariamente vincularse y acogerse a las condiciones propias del régimen, como posteriormente otros ciudadanos lo harían con su vinculación inicial, señala que es concreto evidenciar que no tenía ningún derecho adquirido y mucho menos expectativas legítimas o perjuicio alguno frente a la vinculación inicial, porque nunca había estado en otra administradora de pensiones propia del régimen de prima media y el régimen de ahorro individual.

Finalizó manifestando que no existe motivación frente al cargo al patrimonio PORVENIR S.A. donde deba asumir la devolución de gastos de administración transfiriéndolos a COLPENSIONES, porque se estaría dejando de lado la autonomía y característica propias de cada régimen pensional.

El asunto igualmente se estudiara en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandante y Porvenir, los que pueden ser consultados en los archivos 07 y 08 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 PROTECCIÓN 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 gastos de administración, rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

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 MARIA EUGENIA DELGADO GALLEGO efectuó afiliación a PORVENIR el 4 de octubre de 1996 (fl. 5 y 108), **(ii)** que la demandante ha efectuado cotizaciones al Régimen de Ahorro Individual (RAIS) por 1148 semanas (fl. 21) **(iii)** que elevó solicitud de asesoría ante PORVENIR así como simulación pensional en RAIS y RPM, el 08 de marzo de 2019 (fl.06), la cual le fue resuelta por la AFP a través de oficio radicado 0103809027253900 (fls. 7 y 12); **(iv)** asimismo, diligenció formulario de afiliación ante COLPENSIONES el 16 de abril de 2019 (fl. 27), la cual fue rechazada por la Administradora en oficio 2019_5110161-18835580 del 16 de abril de 2019 (fl. 28), indicando que “*se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse*”.

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 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 y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

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.

Se aduce por el accionado que no hay lugar a aplicar las consecuencias previstas por el legislador para la omisión en el deber de información en el asunto *sub-lite*, por la potísima razón que el demandante no acreditó vinculación anterior al régimen de prima media, dado que su primera vinculación al sistema general de pensiones se dio a través de su afiliación al RAIS, conclusión que no comparte la sala porque equivale a decir tanto como que frente a aquellas que personas que acuden a afiliarse por primera vez al sistema no existe tal deber, lo que en modo alguno se extrae de la normativa que informa cuales son las obligaciones de las AFP para con sus afiliados y del mismo contenido del artículo 270 que claramente indica la consecuencia para ese evento, al prescribir que *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.”*

Así las cosas, debe tenerse en cuenta 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 PORVENIR (fl. 5 y 108), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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.

Si bien se adosó al plenario publicaciones realizadas en diarios de amplia circulación (fl. 109 a 111), esta documental no denota *per se* el cumplimiento por parte de la Administradora de su deber de información frente a la afiliado, y menos aún con la claridad que debía ofrecerse respecto del caso particular de la accionante, de ahí que tales publicaciones no demuestran que efectivamente se cumplió por la AFP con el deber de información e ilustración suficiente.

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.

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP PORVENIR S.A., mismo que según el artículo 15 del decreto 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de las AFP dirigidas a la demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3º del decreto 1661 de 1994 recae en 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 las demandadas.

Es preciso señalar que pese a que como lo advierte la accionada, la demandante nunca estuvo afiliada a COLPENSIONES, al declararse la ineficacia de la vinculación inicial de la demandante al RAIS, es lo procedente que la señora MARIA EUGENIA DELGADO GALLEGO pueda realizar nuevamente la selección del régimen al que desea afiliarse, evidenciándose en el *sub-júdice* que es su voluntad pertenecer al Regimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, como se extrae de las pretensiones de la demanda, y se puso de manifiesto ante el ente de seguridad social al diligenciar formulario de afiliación (fl. 27), la que le fuere negada por faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional (fl. 28).

Así las cosas, en la medida que la ineficacia del acto de afiliación de régimen pensional supone negarle efecto bajo la ficción de que la misma nunca ocurrió, la Corte

Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar la totalidad del capital ahorrado por el afiliado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen al cual realmente quería pertenecer el afiliado, para el *sub-lite*, el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, entidad que advierte la demandante le resulta mas favorable de cara a la adquisición de su derecho pensional. (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, entidad a la que se entiende vinculada la demandante, 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, debiendo recibir para ese efecto las cotizaciones completas, que incluyen sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos y los gastos de administración, así como los bonos pensionales si los hubiere.

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 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, integrándose 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 derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues 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.

Es oportuno señalar, que el hecho de que la demandante no hubiere ejercido su derecho de retracto indicado en el artículo 3º del decreto 1161 de 1994, no convalida el vicio en el consentimiento en que fue inducida la demandante, pues no debe pasarse por alto que la actora confió en que la asesoría dada por el representante comercial de la Administradora del régimen de ahorro individual era la que más le convenía, de ahí que lo que se eche de menos es la falta de información clara con la cual la accionante pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija

como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

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. 070 del 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (01) SMLMV.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
actuación judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
05


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA