

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CLAUDIA BORRERO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISEIS LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-016-2019-00683-01
SEGUNDA INSTANCIA	Recurso de apelación de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES y consulta en favor de esta última en los temas no abordados en los recursos.
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.386__

Santiago de Cali, veintiséis (26) 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° 26 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta última en los temas no abordados, respecto de la sentencia No. 052 del 15 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada ANGIE CAROLINA MUÑOZ SOLARTE identificada con T.P. No. 317.254 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora **CLAUDIA BORRERO** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: 1) se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al RAIS, por la existencia de un vicio en el consentimiento generado a raíz del incumplimiento de información a cargo de las demandadas; 2) que como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado; 3) que se ordene a COLPENSIONES a aceptar nuevamente como afiliada a la demandante y 4) que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

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 1 a 27 demanda; a 9 folios la contestación de COLPENSIONES obrante en el archivo 001DemandaAnexos.pdf del expediente digitalizado y a 19 folios la contestación de la AFP PORVENIR S.A obrante en el archivo 001DemandaAnexos.pdf del expediente digitalizado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 052 del 15 de marzo de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y, en consecuencia, la ineficacia de la afiliación de la demandante con PORVENIR, ordenando así a COLPENSIONES aceptar el regreso de la actora al RPM.

A la par, condenó a la AFP PORVENIR a trasladar todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la actora y, por último, condenó en costas a PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de dos (2) SMMLV.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que la carga probatoria correspondía a las entidades demandadas, y que de la documental allegada, no existe medio de prueba alguno que permita inferir que las demandadas ilustraron a la demandante sobre la conveniencia o no del traslado, ni los beneficios o limitaciones de este.

Expresa que debe tenerse en cuenta el principio de protección al trabajador, en razón a la desigualdad que existe entre la afiliada y la AFP a la que se cotiza para asegurar con plenitud los derechos sociales en juego, y que, al no cumplirse con esto, se logra determinar la ineficacia de la afiliación de la accionante a PORVENIR.

En cuanto a la excepción de prescripción, manifestó que, por tratarse de un proceso de ineficacia de afiliación, no se extingue el derecho por este fenómeno, pues desde el nacimiento del acto, éste ya carecía de efectos jurídicos, pudiendo de esta manera, los afiliados al SGSSP solicitar en cualquier tiempo la declaratoria de ineficacia.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando se adicione la sentencia del *a quo* en el sentido de ordenar a PORVENIR a reintegrar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como recursos de cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración con todos los frutos e intereses y a que la AFP privada asuma a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, de conformidad con el artículo 693 del Código Civil, en consonancia con las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia como lo son la SL 1421 de 2019, SL 17595 del 2017 y SL 4989 del 2018.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte **ACTORA** interpone recurso de apelación solicitando se condene en costas a COLPENSIONES, pues considera que dicha entidad se encontraba en la obligación de persuadir a la demandante sobre la inconveniencia de trasladarse de fondo de pensiones, toda vez que tal decisión evidentemente la desfavorecía.

Adicional a lo anterior, argumenta que es importante tener en cuenta que cuando la demandante trató de volver al RPM, COLPENSIONES le negó la solicitud bajo el argumento que le faltaban menos de 10 años para pensionarse y que adicionalmente, se opuso a las pretensiones.

Asimismo, en tanto resultó afectada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES con la decisión adoptada en primera instancia, habrá de estudiarse el grado jurisdiccional de consulta a su favor en los aspectos no abordados en los recursos.

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, los apoderados de la parte demandante y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que pueden ser consultados en los archivos 04, 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 S.A. 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 a las administradoras de pensiones.

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 y a la devolución de las sumas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, 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 inició su vida laboral el 1 de abril de 1985 y estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, pues así fue aceptado por COLPENSIONES en la contestación de la demanda visible en el archivo 001DemandaAnexos.pdf del expediente digitalizado, donde cotizó 501 semanas (fl. 134);

(ii) que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR el 22 de octubre de 1999 (fl. 50) con fecha de efectividad 01 de diciembre de 1999 (archivo 001DemandaAnexos.pdf del expediente digitalizado), donde actualmente se encuentra afiliada y donde ha cotizado 1.023 semanas (fl. 134);

(iii) que elevó la reclamación administrativa ante PORVENIR el 13 de mayo de 2019 (fls. 41 y 42) y ante COLPENSIONES el 14 de mayo del 2019 (fls. 43 a 45), obteniendo respuesta negativa por parte de PORVENIR mediante oficio del 22 de mayo del 2019 (fls. 48 y 49) y de COLPENSIONES del 20 de mayo del 2019 (fls. 46 y 47).

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.

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.º 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 pudiese 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 en el formulario de afiliación obrante en el expediente (fl. 50), así como del restante material probatorio, 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las administradoras, 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 este 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 S.A. 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.

Así pues, al declararse la ineficacia del traslado, no existen razones jurídicas para que la administradora PORVENIR S.A. no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del actor, pues no retornarlos, constituiría un enriquecimiento sin causa para la entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, pues al tener que recibir al demandante nuevamente en el régimen de prima media, es este fondo administrador el que 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 si los hubiere, rendimientos, 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 PORVENIR a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (*Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989, SL 1421-2019 y SL1689- 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, por medio del cual se compilaron las normas del Sistema General de Pensiones.

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 demandado. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Por lo anterior, atendiendo el recurso de apelación instaurado por COLPENSIONES, se adicionará la sentencia para ordenar a PORVENIR la devolución de los bonos pensionales si los hubiere, rendimientos, gastos de administración y primas percibidos por el tiempo en que administró las cotizaciones de la demandante.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se habrá de despachar 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. 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 adelante 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adiciona la sentencia de primer grado para ordenar a PORVENIR la devolución de los bonos pensionales si los hubiere, rendimientos, gastos de administración y primas percibidos por el tiempo en que administró las cotizaciones de la demandante y condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES y se confirma en lo demás. Sin Costas en esta instancia.

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. 052 del 15 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- CONDENAR a PORVENIR devolver a COLPENSIONES bonos pensionales si los hubiere, rendimientos, gastos de administración y primas percibidos por el tiempo en que administró las cotizaciones de la demandante.
- CONDENAR a COLPENSIONES en costas de primera instancia, las cuales se liquidarán por el juez de conocimiento.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en lo demás.

TERCERO: COSTAS en primera instancia a cargo de COLPENSIONES. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


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


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

JB-05