

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	PIEDAD DEL SOCORRO FIGUEROA CANTILLO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-018-2021-00028-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 015

Santiago de Cali, veintiocho (28) de enero 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° 001 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. 139 del 14 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 a folio 5-24 del archivo 01 demanda, 8-17 del archivo 10 contestación Colpensiones y 3-25 archivo 13 contestación Porvenir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 139 del 14 de mayo de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la señora PIEDAD DEL SOCORRO FIGUEROA CANTILLO.

A la par, condenó a la AFP PORVENIR a devolver todos los dineros que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, tales como bonos pensionales, gastos de administración, rendimientos financieros, cotizaciones, comisiones y porcentaje destinados al fondo de garantía de pensión mínima, una vez ejecutoriada la sentencia. Así

mismo le ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la accionante y actualizar su historia laboral.

Finalmente, condenó en costas a las partes demandadas por resultar vencidas 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 pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado que desde su creación las AFP tienen la obligación de asesoría en debida forma al posible afiliado y que ese deber de información solo se cumple si se le informan de las ventajas, desventajas y características de ambos regímenes.

Simultáneamente indicó que, para efectos de declarar la ineficacia de la afiliación no es necesario demostrar vicios del consentimiento, basta con que se compruebe en el proceso que el fondo de pensiones no cumplió con el deber de información e igualmente destacó que con las pruebas arrojadas al juicio no se acreditó que PORVENIR al momento de realizar el traslado le hubiere brindado a la actora información suficiente, clara y comprensible, hasta al punto de desanimarla respecto de la decisión que estaba a punto de tomar, en tanto el formulario de afiliación por sí solo no sirve para probar la asesoría debida.

Del mismo modo, explicó que, aunque en el interrogatorio de parte la demandante manifestó que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria, porque la AFP le informó de las ventajas del RAIS, era procedente la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, en tanto las administradora de fondos de pensiones tienen la obligación no solo de contar lo bueno del RAIS sino las desventajas que tiene el régimen y solo sí se cumplen con estas condiciones se puede predicar que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria.

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

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando se revoque el numeral 5° de la sentencia 139, teniendo en cuenta que su representada no participó en el acto jurídico declarado nulo, que las actuaciones que dieron origen al proceso fueron desplegadas por un tercero ajeno al RPM y que la administradora de pensiones sólo fue llamada a juicio para que recibiera los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Igualmente sostuvo que la negativa de su prohijada para no aceptar la afiliación solicitada por la demandante se debió a que en el momento que se realizó la solicitud, ésta ya se encontraba fuera del término establecido en la ley para cambiar de régimen y por esa razón no hay lugar a la condena en costas.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión pretendiendo se revoque la sentencia en su totalidad, argumentando que la AFP cumplió con el deber de información que se exigía para la época del traslado y pretender que su representada demuestre un deber de información que nació con posterioridad a la afiliación es ponerla en una situación de indefensión probatoria, en tanto la única prueba que debían tener las administradoras de pensiones sobre la asesoría debida era el formulario de afiliación.

Paralelamente, manifestó que, el deber de información es de doble vía y que aunque PORVENIR tenía la obligación de informar, la posible afiliada también debía estar lo

suficientemente informada del acto de afiliación, teniendo en cuenta que se trataba de un evento tan crucial como su futuro pensional; de la misma manera indicó que en el proceso no se demostró que la demandante hubiera hecho uso de los medios de comunicación ofrecidos por la AFP para exponer dudas e inquietudes, reiterando que su representada cumplió con el deber de información regulado en el año 1999, con lo que se comprueba que la afiliación de la demandante tuvo plenos efectos jurídicos.

Por otro lado, precisó que si la consecuencia de la ineficacia de afiliación es que el negocio jurídico nunca existió, entonces no hay lugar a devolver los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la actora, pues al retrotraer las cosas a su estado inicial se entiende que PORVENIR nunca recibió las cotizaciones realizadas y por tanto, esos rendimientos nunca se generaron.

Respecto de los gastos de administración aseveró que tampoco procede su devolución, debido a que no se cumple con lo establecido en los artículos 1746 y 1747 del código civil sobre las restituciones mutuas, pues se le está pidiendo a su representada que devuelva unos dineros que usó para generar rendimientos y mantener el capital de la demandante. Del mismo modo, arguyó que los gastos de administración están autorizados por la ley y no tienen como finalidad financiar la prestación económica que se pueda generar en favor de la actora, y por ende no procede su devolución.

En cuanto a la devolución de bonos pensionales, señaló que en la cuenta de ahorro individual de la demandante no aparece reflejado ningún dinero proveniente del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad encargada de redimir los bonos pensionales y al no encontrarse dichos dineros en el patrimonio de la AFP no pueden ser reintegrados.

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 del 13 de diciembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir, los que pueden ser consultados en el archivo 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 los gastos de administración y primas, rendimientos, 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 señora Garzón Pinzón estuvo afiliada al régimen de prima media desde el 11 de febrero de 1980 hasta el 31 de octubre de 1995, cotizando un total de 523 semanas (fls. 18 a 22 del archivo 10).
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR, el 26 de agosto de 1999 (fls.48 archivo 01 y 30 y 31 archivo 13), fondo en el que se encuentra actualmente vinculada y cuenta con un total de 1.486 semana (fls 37 a 42 del archivo 01).
- (iii) Que elevó solicitud de afiliación a COLPENSIONES, la cual fue resuelta negativamente mediante oficio 2020_9289622-23537111 del 18 de septiembre de 2020, por encontrarse a menos de 10 años de alcanzar la edad mínima para adquirir pensión (fl 47 del 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 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 43 a 46 del archivo 01 y 52 a 55 del archivo 13 se observa proyección pensional efectuada por PORVENIR S.A. en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hace un análisis comparativo 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 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 los bonos pensionales, en caso que se hubieren recibido y 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.

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).

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 producirse allí, integrándose 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.

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. 139 del 14 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 HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


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