

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	RICARDO ECHAVARRIA MANCILLA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA	JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-014-2018-00587-00
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 167

Santiago de Cali, cuatro (04) de junio 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° 012 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES y consulta a favor de esta última en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 225 del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA identificada con T.P. No. 309.235 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 23 a 38 del expediente digital; en la contestación de COLPENSIONES a folios 52 a 59 y en la respuesta de PORVENIR S.A. a folio 89 a 106, los cuales en gracia de la brevedad y el 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 225 del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS administrado por PORVENIR que data del mes de septiembre de 1997.

Como consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, señaló que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, ordenando el traslado de todo el capital de la cuenta del afiliado, los rendimientos, gastos de administración y el bono pensional, si lo hubiere.

A su vez, ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de RICARDO ECHAVARRIA MANCILLA en el régimen de prima media con prestación definida y condenó en costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que cuando el afiliado efectuó el traslado de régimen la AFP no le brindó la información necesaria, clara y por escrito sobre las causas y efectos que le ocasionaría el trasladarse de fondo, manifestando que se acogían entonces las pretensiones de la parte actora y los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia.

Sostiene que el demandante fue pionero del régimen de ahorro individual, lo que da credibilidad al hecho que no sabía qué era lo que estaba firmando con el formulario de traslado, y aunque la pasiva manifiesta que el traslado fue libre y espontáneo, también lo es que no milita dentro del plenario prueba de que al actor se le hubiera dado una buena asesoría para tal fin.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación indicando que el despacho no tiene en cuenta de manera más específica todo el tema de las devoluciones que tiene que hacer el fondo privado frente a la entidad COLPENSIONES como cuenta de rezagos y otros diferentes descuentos y emolumentos que tiene el capital frente a la administración de dichos fondos, por ende es necesario que el Tribunal amplíe en ese orden de ideas la sentencia.

Seguidamente indicó en cuanto a que COLPENSIONES no se ve afectada por la condena, que la orden de pagar costas daría lugar a una segunda etapa en el tema de consulta y solicita a esta Corporación que dado que quedó demostrado que la administradora no tiene dolo alguno frente a ninguna de las pretensiones incoadas por las diferentes partes y simplemente se ha limitado a cumplir su deber legal, debería ser absuelta de las pretensiones incoadas.

Por su parte la apoderada de **PORVENIR** señaló que para la fecha en que se produjo el traslado del demandante en el año 1997, la única carga que se le imponía a los fondos privados era que estuviese por escrito el formulario de afiliación, el cual cumplía con los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, que no era necesario que la información que se le suministró al demandante se encontrara de manera escrita sino que era totalmente admisible que se le suministrara de manera verbal no dejando de ser la información clara, transparente, completa y veraz.

Recalcó que el deber de información no se encuentra únicamente en cabeza de la AFP sino también del demandante quien al ser consumidor financiero debe de informarse de las decisiones que toma en materia pensional, aclarando que como no se está en una relación de carácter contractual sino administrativo, no se puede premiar la desinformación del demandante ni considerar que existe algún tipo de posición dominante aceptando la ignorancia de la ley como excusa, pues ello contraría el artículo 9º del Código Civil, siendo finalmente la ley de conocimiento público y el demandante capaz de tomar la decisión del traslado que se produjo entre el régimen de prima media y el régimen de ahorro individual.

Consideró que la prescripción y las acciones para reclamar la nulidad o la ineficacia, sí se encuentran prescritas debido a que no se está en presencia de un derecho pensional ni se está vulnerando éste, por cuanto el afiliado puede pensionarse en el régimen de ahorro individual si cumple con los requisitos ahí impuestos.

Agregó que el demandante guardó silencio frente a la posibilidad que existía de retornar al régimen de prima media y solo lo hizo cuando ya se encontraba dentro de la prohibición de los diez años, por lo que considere que la decisión tomada fue libre y espontánea y se ratificó con la suscripción del formulario de afiliación.

Argumentó que si se tiene en cuenta la consecuencia jurídica de la declaratoria de ineficacia, esto es, que el demandante nunca se trasladó de régimen, ello significa que no existió un vínculo con PORVENIR y el dinero nunca estuvo en la cuenta de ahorro individual, por lo tanto, no se le puede ordenar a la AFP que devuelva rendimientos pues esta suma se genera únicamente en el régimen de ahorro individual por la debida administración de los recursos.

Respecto de los gastos de administración adujo que fueron utilizados para la buena gestión de los dineros ahorrados y para proteger diversas contingencias del demandante como lo son la vejez,

invalidez y muerte, por lo que considera que si se ordena a devolver esta suma lo que se generaría sería un detrimento patrimonial a cargo de la AFP y un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES.

Por lo expuesto, solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a la AFP de la condena impuesta.

En los aspectos que no fueron materia de apelación se conoce del proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSION SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal, la parte DEMANDADAS COLPENSIONES y PORVENIR presentaron alegatos, los cuales fueron considerados en esta instancia y pueden ser consultados en el expediente digital.

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 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 rendimientos, los gastos de administración y la condena en costas a cargo de 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 el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media desde el 10 de octubre de 1978 al 28 de febrero de 1995, cotizando un total de 58 semanas (fl. 3); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 22 de julio de 1997 (fl. 107) donde ha cotizado 1.060 semanas (fl. 3); **(iv)** que elevó solicitud de afiliación al sistema general de pensiones ante COLPENSIONES el 08 de octubre de 2018 (fl. 16).

Pasando al asunto sub-judice es necesario rememorar 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 (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 fundación, 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 de las pruebas allegadas al expediente, 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 cual 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 folios 10 y 11 obra simulación pensional efectuada por PORVENIR el 21 de mayo de 2018, en la que se le explica al accionante a cuánto ascendería su pensión en el régimen de ahorro individual, en la misma no se hacen cálculos comparativos frente a la mesada que obtendría en el régimen de prima media, además dicha información se le suministró al actor cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse pues para aquél momento contaba con 60 años.

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 del demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar 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 del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, quien al recibir al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, incluyendo para tal efecto cotizaciones, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales en caso que los hubiere recibido y los gastos de administración.

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 hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

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 publica 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 investida 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 el demandante no hubiere ejercido su derecho de retracto indicado en el artículo 3° del decreto 1161 de 1994, o que no hubiera manifestado su deseo de retornar al ISS de conformidad con lo establecido en el Decreto 3800 de 2003 durante la vigencia de su afiliación al RAIS no convalida el vicio en el consentimiento en que fue inducido el accionante, pues no debe pasarse por alto que éste 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 el actor pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

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 en el devenir de la litis no salieron adelante sus argumentos, en consecuencia, al resultar vencida en juicio, hay lugar a su imposición, aspecto por el cual se confirmará la decisión de primer grado.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

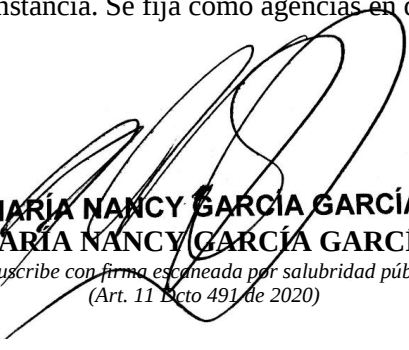
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

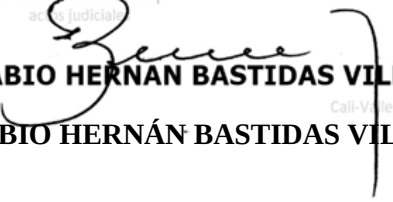
RESUELVE

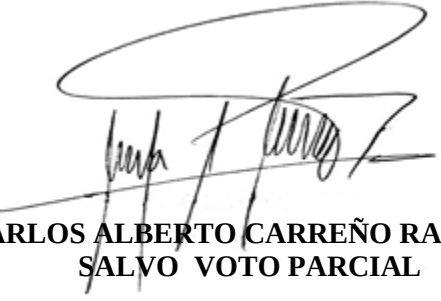
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 225 del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

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.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Voto
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL