

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	ANGEL DAVID PALACIOS MOSQUERA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2019-00466-00
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 164

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. 154 del 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada DANIELA VARELA BARRERA identificada con T.P. No. 324.520 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 04 a 17 del expediente digital; en la contestación de COLPENSIONES a folios 98 a 105 y en la respuesta de PORVENIR S.A. a folio 132 a 148, 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. 154 del 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y se declaró la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante desde el RPM al RAIS administrado por PORVENIR que data del 30 de agosto de 1995.

Como consecuencia, condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES el capital ahorrado en la cuenta de ahorro de la demandante junto con los rendimientos y bonos pensionales si los hubiere, dentro de los treinta (30) días siguientes hábiles a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Por otra parte condenó a COLPENSIONES a recibir válidamente en el régimen de prima media al demandante y condenó en costas a PORVENIR por \$1.000.000,00. Exoneró de costas a COLPENSIONES.

Como fundamento de la decisión señaló el a-quo que el fondo debe de demostrar que se le brindó la información necesaria y suficiente al demandante, indicando que esto no se sana con el paso de una AFP a otra, tampoco con el transcurso del tiempo, es un derecho imprescriptible y no es necesario tener régimen de transición para la viabilidad de la pretensión, pues así lo ha decantado la jurisprudencia de las altas Cortes.

Señaló que el demandante se encontraba en un régimen especial como lo era la Caja Agraria y advierte que en ese sentido, al momento de afiliarse a PORVENIR se le debió brindar la información necesaria y suficiente de lo que conllevaba trasladarse al régimen de ahorro individual, pues en el primero se calcula la mesada pensional por cotizaciones y por edad, totalmente diferente al régimen de ahorro individual donde la mesada va depender es del capital y en el cual no hay proporción entre las cotizaciones y el capital que hay que acumular.

Por lo expuesto concluyó que por el hecho de que se le hubiera brindado una serie de información al actor, no quiere decir que el fondo cumplió la carga probatoria de demostrar que se le brindó la información completa, pues no se le explicó la suerte de su mesada pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación indicando que el motivo de inconformidad es la absolución a COLPENSIONES de las costas procesales, pues según lo dispone el artículo 345 del Código General del Proceso, toda parte vencida, ya sea en proceso judicial, debe ser condenado en costas. Agregó que en el presente asunto la entidad desde la contestación de la demanda hasta la etapa de alegaciones finales se opuso a las pretensiones del actor, desconociendo que podía haberse allanado a las mismas como lo dispone el Código General del Proceso.

Explicó que la parte actora sí tenía semanas cotizadas al régimen de prima media antes de su traslado al RAIS, las cuales calculó en 8 semanas y que la condena en costas procede además porque en su momento, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, como antecesor, no efectuó ningún trabajo para conservar sus afiliados o garantizarle una afiliación a dicho régimen común, razón por la que solicita se modifique la decisión de primera instancia y se condene en costas procesales a COLPENSIONES.

La apoderada de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación indicando que toda declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen trae consigo que el fondo de pensiones y cesantías, en este caso PORVENIR, devuelva con cargo a su propio recursos los gastos de administración debidamente indexados, criterio que ya ha sido ampliamente reiterado por la Corte Suprema de Justicia, igualmente deberá trasladar los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los porcentajes destinados a pensión de invalidez y sobreviviente, las mermas que hubiera sufrido la cuenta de ahorro individual, el saldo de las cuentas de rezago, las cuentas de no vinculados, los aportes voluntarios y bonos pensionales, si los hubiere, en virtud del artículo 48 de la Carta Política adicionado por el acto legislativo 01 del 2005, toda vez que no hacerlo constituiría un enriquecimiento sin justa causa para la AFP y un detrimento patrimonial para su representada.

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación señalando que el demandante realizó un traslado de régimen en el año 1995 y para tal época no existía obligación de las administradoras de pensiones de documentar la información que se le daba a los afiliados, simplemente lo que se exigía conforme al artículo 13 y siguientes de la ley 100 de 1993, era que el afiliado plasmara su voluntad por escrito a través del formulario de vinculación, el cual no fue tachado de falso y se cumplía así los requisitos que exigía la Superintendencia Financiera de la época y lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Agregó que al momento del traslado el actor había cotizado 8 semanas al Seguro Social, lo que le daba total libertad para escoger fondo de pensiones, como así lo hizo y permaneció en éste por más de 20 años, que ratificó su intención de permanecer en el RAIS cuando suscribió un nuevo formulario de afiliación en el año 2006 y en ese sentido considera que deben atenderse sus argumentos y absolver a la AFP de todas y cada una de las pretensiones.

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 DEMANDANTE y DEMANDADAS 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 indexación de los gastos de administración, la devolución de los porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los porcentajes destinados a los seguros previsionales, bonos pensionales y los aportes voluntarios.

Por último se analizará si hay lugar 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 el demandante estuvo afiliado al Régimen especial donde laboró para la Caja de crédito agrario industrial y minero desde el 14 de noviembre de 1983 al 22 de enero de 1993 (fl. 22); **(ii)** que se afilió al Régimen de Prima Media el 04 de julio de 1995, donde cotizó un total de 8,57 semanas (fl. 24) **(iii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR el 30 de agosto de 1995, luego se afilió a COLPATRIA hoy PORVENIR el 21 de septiembre de 1999 (fl. 20) y nuevamente se afilió a PORVENIR el 12 de enero de 2006 (fl. 21), entidad donde ha cotizado 1130 semanas (fl. 26); **(iv)** que elevó reclamaciones administrativas ante COLPENSIONES el 10 de mayo de 2019 (fls. 43 a 50), siendo negado lo pedido en misiva del 18 de mayo de 2019 (fl. 51) y ante PORVENIR (fls. 54 a 61) la cual fue resuelta de manera desfavorable el 24 de mayo de 2019 (fls. 62 a 63).

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 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.

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, particularmente los formulario de afiliación allegados (fls. 18 a 21), 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 41 y 42 obra simulación pensional efectuada por PORVENIR el 27 de septiembre 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 se evidencia que dicha información se le suministró al actor cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse pues para aquél momento contaba con 62 años.

Conviene advertir que los comunicados y fragmentos de prensa con anuncios relativos al Régimen de Ahorro Individual que se allegaron a la foliatura no denotan el cumplimiento por parte de la Administradora de su deber de información frente al afiliado, en tanto ninguna referencia

concreta al asunto del accionante se hace en los mismos, para tener por cumplido el deber de asesoría que le asistía a la demandada.

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 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.

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 y los gastos de administración debidamente indexados.

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 consecuencia, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR a devolver también los gastos de administración debidamente indexados.

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.

Por último, se despachará desfavorablemente la solicitud de COLPENSIONES relativa a ordenar a la AFP que traslade igualmente los aportes voluntarios que hubiere realizado el demandante, por cuanto según lo establece el numeral 2 del artículo 2.2.2.3.1 del decreto 1833 de 2016, cuando el traslado se produce del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida las cotizaciones voluntarias cuyo retiro no se haya efectuado al momento del traslado se devolverán al afiliado en tanto forman parte del patrimonio de éste y no corresponden a recursos del sistema general de pensiones.

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.

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 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 recurrida en los términos antelados y se confirma en lo demás. 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 MEDIO 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

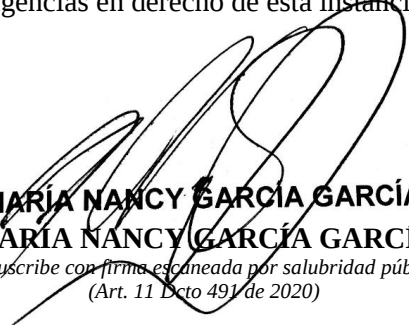
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia No. 154 del 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR** a PORVENIR a devolver los gastos de administración percibidos durante el tiempo que ha recibido las cotizaciones de la demandante debidamente indexados.
- **CONDENAR** en costas de primera instancia a COLPENSIONES, las cuales liquidará el juez de conocimiento.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

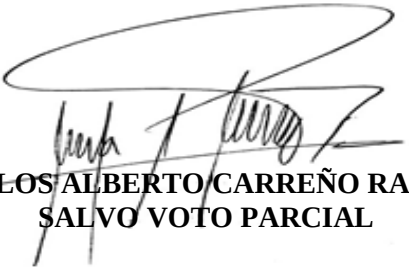
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO SMLMV.

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
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Villota
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL