

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	EVERARDO GOMEZ LOPEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2019-00524-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 163

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 consulta a favor de COLPENSIONES en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 164 del 30 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 6 a 23 del expediente digital; en la contestación de COLPENSIONES a folios 66 al 76 y en la respuesta de PORVENIR S.A. a folios 106 a 119, 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. 164 del 30 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones propuestas por los demandados.

A la par, se declaró la nulidad o ineficacia del trslado que efectuare el demandante, del Regimen de Prima Media, administrado por COLPENSIONES, al de ahorro individual, administrado por PORVENIR.

Como consecuencia, condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración indexados y todos los frutos e intereses conforme al artículo 1746 del Código Civil.

Condenó a COLPENSIONES a vincular válidamente al régimen de Prima Media al demandante y condenó en costas a PORVENIR S.A. en la suma de \$3.000.000 pesos

Como fundamento de la decisión indicó el a-quo que la carga probatoria le corresponde a PORVENIR debiendo demostrar que le brindaron la información necesaria y suficiente al demandante en el momento de la afiliación suscrita el 02 de febrero del 1994, señalando que el interrogatorio de parte no es suficiente para acreditar el deber de información y advierte que no se acreditó que para ese momento al actor se le hubiera brindado la información necesaria y suficiente que demandaba trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual. Agregó que brillaba por su ausencia tal prueba, por lo tanto, la consecuencia es la declaratoria de nulidad e ineficacia de ese traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A** formuló recurso de apelación indicando que su representada cumplió con el deber de información en el año 1994 según la ley 100 y sus decretos reglamentarios, agregando que el formulario de afiliación no es un simple formato sino que por el contrario es un documento público que se presume auténtico según el artículo 243 y 244 del Código General del Proceso.

Respecto a las proyecciones mencionó que no era un requisito *sine qua non* para la data en que se inició el traslado del demandante, esto es, en el año 1994 pues de haberse realizado no tendría datos ciertos en la medida que el cálculo depende de circunstancias ajenas al fondo privado como es la vida privada del demandante, sus beneficiarios, el salario que iba a devengar, entre otros, pues al actor le faltaban más de 20 años para llegar a una edad de pensión y por lo menos el 50% de las cotizaciones.

Por otra parte, señaló que no es posible desconocer la ley 797 de 2003, la cual indica que el demandante se encuentra en una prohibición legal para ejercer el traslado de régimen, además de ello, el decreto 2555 de 2010 impone a los consumidores financieros una serie de deberes como informarse adecuadamente, lo cual no hizo el accionante y que tal negligencia no puede representar una culpa para la AFP.

En cuanto a los gastos de administración manifestó que la Superintendencia Financiera indicó de forma expresa cuáles son los eventos y qué es lo que se debe trasladar cuando hay nulidad e ineficacia del traslado y los gastos de administración no forman parte de la pensión por tanto están sujetos a la prescripción y no es dable realizar una devolución ya que esto generaría un enriquecimiento sin causa a la demandada COLPENSIONES.

Finalmente manifestó que según salvamento de voto del Doctor LUIS GIRÓN, en todos los casos de nulidad o ineficacia no se puede condenar a los fondos sin antes validar cada caso en particular y que el precedente jurisprudencial en este asunto no es vinculante puesto que el demandante no tiene transición como sí lo tiene la jurisprudencia que se ha traído a colación por el fallador de primer grado, por lo que solicita se absuelva a su representada.

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 DEMANDADA PORVENIR presento 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 gastos de administración.

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 16 de diciembre de 1987 al 1° de febrero de 1994 cotizando 58 semanas (fl. 122); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A el 01 de octubre de 1994 (fl. 79), donde ha cotizado desde octubre de 1994 un total de 1.255 semanas (fl. 121); **(iii)** que elevó solicitud de afiliación al sistema general de pensiones ante COLPENSIONES el 13 de septiembre de 2019 (fl. 40) solicitud que fue rechazada en misiva de la misma calenda (fl. 41) y ante PORVENIR el 30 de agosto de 2019 (fl. 34), siendo negado su traslado por dicha entidad mediante oficio del 5 de septiembre de la misma anualidad (fls. 35 y 36).

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 (fl. 26), 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 cómo 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 38 obra simulación pensional efectuada por PORVENIR el 13 de agosto de 2019, en la que se le explica al accionante a cuánto ascendería su pensión en el régimen de ahorro individual y se hacen cálculos comparativos frente a la mesada que obtendría en el régimen de prima media, 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 61 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 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.

La Sala considera oportuno precisar frente al razonamiento del apelante según el cual sólo para los destinatarios del régimen de transición se admite por la jurisprudencia la nulidad del traslado, que el mismo es desacertado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

En efecto, en la jurisprudencia sobre el tema¹, se ha establecido que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

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, 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 exclusión de todo efecto jurídico en el acto de traslado es “*restituir las cosas a su estado anterior*”, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, 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 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

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y CSJ SL 1688-2019

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 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 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. 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

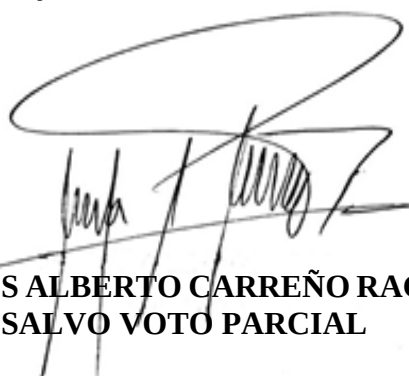
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 164 del 30 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

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 MEDIO SMLMV.

Los Magistrados,


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


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL