

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	CARLOS ALBERTO PEREZ PEREZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-012-2019-00535-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 175

Santiago de Cali, treinta (30) 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° 013 de junio de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y consulta a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 201 del 15 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada ANA ALEJANDRA ORTEGON FAJARDO identificada con T.P. No. 280.620 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 44 a 53 del expediente; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 67 a 73, COLFONDOS a folios 89 a 95 y en la respuesta de PORVENIR S.A. a folios 117 a 138, 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. 201 del 15 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, asimismo, declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS, efectuado por el demandante y de todas las afiliaciones que èste haya tenido la Adminsitradora del último régimen, conservándose en el RPM, sin solución de continuidad.

A la par, condena a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el actor, junto con los gastos de administración, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como los dispone el art 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los emolumentos aquí mencionados.

Condena en costas a PORVENIR fijando como agencias en derecho el equivalente a un SMLMV y absuelve por este concepto a COLPENSIONES y COLFONDOS.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que si bien la Ley 100 de 1993 dispone que la elección de régimen se efectúa a través de un formulario de afiliación se entiende que el usuario acepta las condiciones propias del régimen, ese mismo articulado plasma que la selección de alguno de los regímenes existentes tiene que ser libre y voluntaria por parte del afiliado. Expone que aunque en el plenario está acreditada la suscripción de formulario de afiliación por parte de la actora, ello no es suficiente para que se entienda que hubo un consentimiento valido respecto de la afiliación porque lo que debe prevalecer es la información suministrada a los usuarios.

Agrega que, no se puede desconocer que sin importar si una persona tenga o no expectativas legítimas respecto de la forma de pensionarse en el RPM, es decir, si son beneficiarios o no del régimen de transición, lo cierto es que los regímenes son totalmente diferentes en el tema del cálculo de la pensión y en especial en que se financia.

Expone que en el presente asunto no existe prueba respecto al hecho que la afiliada hubiere conocido de manera clara y concreta las condiciones bajo las cuales adquiriría los derechos pensionales, por lo que no puede entender que la decisión del actor de cambiar de régimen fuera libre. Señala que aunque la defensa de las AFP es que las afiliaciones se ajustaran a derecho, que las personas eran capaces para obligarse, que no fueron obligados ni engañados, recuerda que nos encontramos frente a contratos que se relacionan con la elección del régimen de pensión, no le rigen simplemente las prerrogativas del Código Civil.

Frente a la prescripción refiere que el criterio de la CSJ ha señalado que no aplica el fenómeno extintivo en este asunto en atención a que se está en trámite respecto de derechos fundamentales como es la seguridad social, que tienen la calidad de ser imprescriptible.

Señala que deben trasladarse por parte de la AFP los rendimientos de la cuenta individual del demandante sin importar si hubo o no un efecto jurídico o un efecto económico pues es COLPENSIONES quien va a reconocer la prestación. Igualmente accede a los gastos de administración atendiendo el criterio jurisprudencial del órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral.

Absuelve a COLPENSIONES de las costas pues considera que sólo mediante una orden judicial la Administradora podría permitir el retorno del actor al RPM, puesto que al momento de la solicitud de afiliación el actor no cumplía con los requisitos dispuestos por la Ley para traslado entre regímenes, a saber, le faltaban menos de 10 años para la edad pensional. Asimismo, absuelve a COLFONDOS atendiendo que no tenía la posibilidad de acceder vía administrativa dejar sin efecto el traslado efectuado, que no fue primeramente efectuado con ellos.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación señalando que la AFP cumplió con el deber de información que le era exigible para la fecha en la que el actor suscribió el formulario de afiliación toda vez que le suministró información clara, completa y veraz sobre las características, beneficios y características del RAIS, lo que le permitió al actor la posibilidad de tomar una decisión libre y voluntaria de afiliarse al RAIS y dicha voluntariedad de permanecer en el régimen se convalidó no solamente porque el mismo permaneció afiliado por un largo tiempo, sino que efectuó traslados horizontales.

Expone que no se podía exigir para la fecha de afiliación a la AFP debían cumplirse con los presupuestos desarrollados por el Decreto 2241 de 2010, toda vez que el mismo estuvo vigente a partir de 2010. Asevera que el derecho de información es de doble vía por cuanto no puede establecerse que por el hecho que PORVENIR tenga una obligación de información el mismo no le asista al afiliado, en tanto que en virtud al deber de cuidado y debida diligencia debió concurrir al acto de afiliación suficientemente informado.

Indica que la Administradora siempre actuó con buena fe objetiva en su operación, de manera transparente, responsable y con diligencia, pues no se probó lo contrario. Se opone a la devolución de los rendimientos, pues si se deben retrotraer las cosas al estado inicial si el demandante no se hubiera afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, entonces debe entenderse que por tener sus aportes en una bolsa pública, común, nunca se generaron rendimientos pues nunca existió una administración de los dineros ahí guardados.

Añade que tampoco procede la devolución de gastos de administración y de seguro pues los mismos ya cumplieron la finalidad para la que estaban dispuestos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Finalmente indica que una decisión en contrario para la AFP representaría una afectación patrimonial y un enriquecimiento sin justa causa para el accionante.

El presente asunto se estudiará igualmente en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 del CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto No. 295 del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en términos similares a lo expuesto en la contestación y en la alzada, los que pueden ser consultados en los archivos 06 y 11 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 COLPATRIA LUEGO HORIZONTE HOY 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 de las administradoras.

De salir adelante tal pretensión, se deberá analizar si operó el fenómeno de la prescripción frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de rendimientos, los gastos de administración y las cuotas de seguro.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se evidencia dentro del presente asunto: **(i)** que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Prima Media entre el 9 de octubre de 1986 y el 30 de septiembre de 2014, cotizando un total de 460 semanas (Fls. 7 a 9); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por COLPATRIA luego HORIZONTE y hoy PORVENIR S.A. el 26 de agosto de 1994 (fl. 26), con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1994 (fl. 42), y luego se dio traslado a COLFONDOS el 1 de diciembre de 1999, con efectividad a partir del 1 de febrero de 2000 (fl. 42), cotizando 35 semanas (fl. 10), y finalmente, retornó a

PORVENIR el 25 de noviembre de 2003 (fl. 28), con efectividad a partir del 1 de enero de 2004 (fl. 42), acumulando en este fondo 1.093 semanas (fl. 10); **(iii)** que en total el demandante ha cotizado 1588 semanas (fl. 10); **(iv)** que el actor elevò petición de nulidad de traslado ante COLPENSIONES el 14 de junio de 2019 (Fls. 33 a 34) y ante PORVENIR el 17 de junio de 2019 (Fls. 37 a 38), que le fue resuelta negativa por oficio No. BZ2019_8109481-1739439 del 15 de junio de 2019 (fls. 35 a 36) por parte de COLPENSIONES y oficio del 28 de junio de 2019 emitido por PORVENIR S.A. (fls. 39).

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 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 pudiera 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, específicamente, en el formulario de afiliación a COLPATRIA que paso después a conocerse como HORIZONTE y hoy PORVENIR S.A. (fl. 26 y 28), 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, por lo que al no cumplirse con tal deber de información por parte de la AFP, se traduce en su inducción al error del afiliado, lo que constituye uno de los vicios de consentimiento, razón suficiente para desestimar los argumentos de las demandadas.

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 afiliada, la afiliación de la 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 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, incluyendo para tal efecto los gastos de administración 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 indexados por la AFP PORVENIR a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del

artículo 963 CC. 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.

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 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 las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

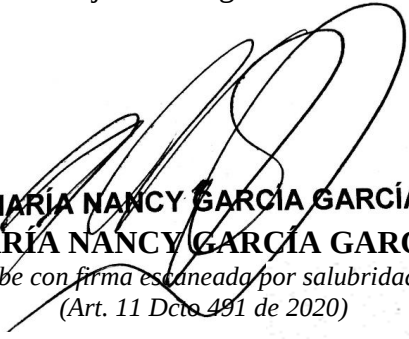
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 201 del 15 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Doce 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.

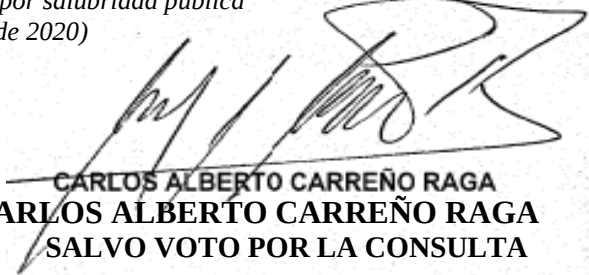
Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

Firma digitalizada para
archivo judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
03


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO POR LA CONSULTA