

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CLIMACO MUÑOZ CIFUENTES
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-006-2019-00031-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	REVOCA PARCIAL Y ADICIONA

SENTENCIA No. 193

Santiago de Cali, treinta (30) de julio 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° 014 de 2021, se procede a dictar sentencia en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 179 del 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **CLIMACO MUÑOZ CIFUENTES** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: **1)** Se declare la nulidad del traslado del traslado de régimen pensional efectuado por él, desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad. **2)** Que se ordene a las demandadas la validación de su afiliación al régimen de prima media, y especialmente a **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** la devolución de los aportes y rendimientos generados en su favor, así como la obligación de asumir los menores valores por cotización. **3)** Solicitó condenar en costas a las demandadas.

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 en la demanda visible a folios 5 a 18 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 138 a 147 (Colpensiones), 148 a 165 (Colfondos), 167 a 171 (Ministerio Público), 199 a 230 (Protección) y 278 a 297 (Provenir), piezas procesales obrantes en el Archivo 01 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali mediante Sentencia No. 179 del 20 de agosto de 2020, declaró la ineficacia del traslado de

régimen efectuado por el actor del RPMPD al RAIS, ordenándole a **PORVENIR S.A** trasladar a **COLPENSIONES** los aportes efectuados por el demandante, al igual que bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos y los gastos de administración en proporción al tiempo en que estuvo afiliado a esta AFP. A la par, le impuso a **COLPENSIONES** el deber de aceptar el traslado del demandante sin solución de continuidad y cargas adicionales. Absolvió a las demás accionadas de las pretensiones de la demanda.

Finalmente, condenó en costas a Porvenir, fijando como agencias en derecho la suma de dos (2) SMLMV.

Fundamentó su decisión en que, dentro del proceso le correspondía a la AFP demostrar que brindó al demandante una información completa que permitiera al afiliado decidir con todos los elementos de juicio cuál de los regímenes pensionales sería mejor, argumentos que reforzó a partir de la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, para concluir que las administradoras del RAIS demandadas no demostraron esa asesoría brindada al demandante ilustrándolo de todos los componentes de la decisión de trasladarse de régimen, información que debió otorgarse desde el momento previo de la afiliación en términos que pudieran ser entendidos por este, omisión que da lugar a declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia, argumentando que la afiliación cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado, conforme el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no hay lugar a dejar sin efectos un acto que nació a la vida jurídica dentro del marco legal aplicable, ello teniendo en cuenta que con posterioridad a la afiliación del demandante han ocurrido cambios normativos que afectan la tasa de mortalidad, los cuales se salen del margen de acción de la entidad.

De otro lado, adujo que, en lo referente a la devolución de los gastos de administración, es la misma legislación la que autoriza este descuento, recursos manejados en fondos diferentes a las cuentas de ahorro individual. Así mismo, refirió que al tener como ineficaz la afiliación del demandante, debe entenderse que nunca administró los aportes del actor, y, en consecuencia, no se pudieron generar los rendimientos cuya devolución se ordena a **COLPENSIONES**, como tampoco los gastos de administración. En ese sentido, precisó que en atención al concepto de restituciones mutuas del artículo 1746 del código civil, no puede olvidarse la generación de frutos y mejoras obtenidas producto de la buena gestión de la AFP, lo que la autoriza a conservar la comisión de administración.

Por último, indicó que la devolución de recursos ordenada generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la citada entidad, sin pagar ningún concepto a la AFP por su gestión, aspecto que denota aún más el correcto actuar de esta administradora de fondos de pensiones.

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 CONCLUSIÓN

Mediante auto del 29 de junio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandante y demandadas, los que pueden ser consultados en los archivos 07 a 10 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver gravita en establecer si se demostró en el plenario que **COLFONDOS 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.

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 tales planteamientos previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que estando afiliado al ISS, entidad a la que realizó cotizaciones en el año 1995, el demandante decidió trasladarse al régimen de ahorro individual administrado por **COLFONDOS S.A.** el 21 de diciembre de 1995 (f. 81 a 82 y 195 archivo 01 ED).
- (ii) Que, durante su afiliación en el RAIS, el señor que **MUÑOZ CIFUENTES** se trasladó el 17 de julio de 2002 a la **AFP HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, de ahí hacia el fondo **ING** hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 30 de abril de 2007, para luego retornar a **PORVENIR S.A.**, entidad a la que encuentra afiliado en la actualidad (f. 69, 194 y 235 archivo 01 ED).
- (iii) Que el 21 de septiembre de 2018 el demandante solicitó a **PORVENIR S.A.** la nulidad de su traslado, y el consecuente retorno a **COLPENSIONES**, petición despachada de manera negativa en oficio del 3 de octubre de 2018 (f. 24 a 31 archivo 01 ED).
- (iv) Que el 24 de septiembre de 2018 el accionante deprecó a **COLPENSIONES** la nulidad de su traslado al RAIS y el retorno al RPMPD; no obstante, a través de comunicación de la misma fecha la entidad se negó a tal solicitud (f. 58 a 65 archivo 01 ED).
- (v) Igual solicitud elevó a **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN S.A.**, sin obtener una respuesta favorable en ambos casos (f. 36 a 41 y 45 a 63 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En el 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° 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 obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos por el actor, visibles, por ejemplo, el de **COLFONDOS** a folio 42 Archivo 01 ED, **HORIZONTE** y **PORVENIR S.A.** a folios 298 a 300, Archivo 01 ED, 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.

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 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 para el afiliado.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de **COLFONDOS S.A.**, entidad en la que se materializó inicialmente el traslado de régimen del demandante, el cumplimiento de sus obligaciones legales para con el accionante, su afiliación al RAIS es ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca tal 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 a 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 el afiliado, 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 **PORVENIR S.A.**, entidad a la que se encuentra afiliado en la actualidad el demandante, 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 al actor 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 el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.**

Sobre este último tópico, 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 las AFP **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** con 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 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, integrados allí 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.

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. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

En este orden de ideas, habrá de adicionarse el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **PORVENIR** a que también traslade a **COLPENSIONES** el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio. Igualmente, se revocará el ordinal cuarto de la decisión estudiada, a efectos de ordenar a **COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar al RPM los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que el actor estuvo afiliado a dichas AFP.

En relación con la excepción de prescripción, la misma está llamada a no prosperar por 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, por corresponder a pretensiones declarativas, y porque al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, 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. 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 adicionará y revocará parcialmente la Sentencia en los numerales descritos. 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: ADICIONAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia No. 179 del 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

- **ORDENAR a PORVENIR S.A.** que dentro de las sumas a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** debe incluir el porcentaje de prima de seguro previsional, con cargo a su propio patrimonio.

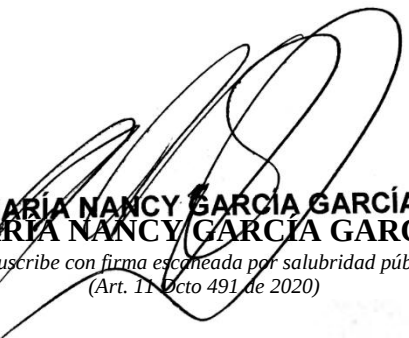
SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia en comento, para en su lugar:

- **ORDENAR a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** los gastos de administración y el porcentaje de prima de seguro previsional correspondiente al periodo en que el señor **CLIMACO MUÑOZ CIFUENTES** estuvo afiliado a dichas AFP, con cargo al patrimonio de ambas.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia apelada y consultada.

CUARTO: 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 (1/2) SMLMV**.

Los Magistrados,


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


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA