

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JAIME ALONSO MEJIA AZCARATE
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	760013105 014 2019 00598 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 215

Santiago de Cali, cinco (05) de agosto 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° 015 de 2021 se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 179 del 27 de julio 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

El señor JAIME ALONSO MEJIA AZCARATE presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con el fin que: 1) se declare la nulidad de traslado de régimen, en consecuencia, que se tenga como válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, 2) que COLFONDOS S.A. retorne a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demanda, incluyendo bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas.

En virtud del principio de la 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 los folios 1-21 demanda, 79-84 intervención del Ministerio Público, 88-96 contestación COLPENSIONES y 112 escrito allanamiento a las pretensiones de la demanda COLFONDOS S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 179 del 25 de julio de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado del señor JAIME ALONSO MEJIA AZCARATE, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS, y por lo tanto que el actor siempre permaneció en el RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES.

Ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado del señor MEJIA y a COLFONDOS realizar el traslado de todo el capital de la cuenta de ahorro individual del afiliado con los rendimientos, gastos de administración y bono pensional, si lo hubiere.

Emite condena en costas contra COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 (Min. 02:34:45 a 02:35:05).

Como argumento de su decisión el *A quo* expresó que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, los Fondos Privados captaron un gran número de afiliados del ISS, pero por desconocimiento, estos afiliados muchas veces no sabían que era lo que realmente les convenía; sostiene que el accionante fue pionero en el RAIS, lo que da credibilidad que no sabía lo que estaba firmando; refiere que si bien la pasiva arguye que el traslado fue libre y voluntario, limita su dicho al diligenciamiento del formato de afiliación y con el mismo no acredita que se le haya brindado al afiliado una buena asesoría.

Señala que, la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado que le corresponde a las AFP demostrar que actuaron de forma diligente y como unos buenos consejeros al momento de prestar asesorías a sus afiliados. Asevera que el señor JAIME ALONSO MEJIA AZCARATE fue engañado cuando se le prometió mejores condiciones para pensionarse y al manifestarle que el ISS se iba a acabar, según se dejó sentado en el libelo introductor.

Respecto a los efectos de la nulidad dijo que deben preservarse las situaciones consolidadas de la seguridad social, indicando que es un deber de la AFP devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ordenando en consecuencia el traslado de aportes que se encuentren consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos e intereses generados sobre dicho capital y los gastos de administración.

Aclara que no se afirma que el actor sea beneficiario de régimen pensional alguno, debiendo solicitar su pensión y cumplir con los requisitos exigidos por la Ley. Exonera de costas a COLFONDOS en tanto la misma no se opuso a las pretensiones y por el contrario se allanó a las mismas.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la administradora, señalando que, si bien se ordenó el traslado de los valores de la cuenta de ahorro inicial del demandante, no se tienen en cuenta ciertas deducciones que los fondos realizan al ahorro de los afiliados, como lo relacionados con las garantías de invalidez y sobrevivencia.

Añade que se está obligando a la entidad a asumir una carga económica que no debería ser soportada por esta, toda vez que se acreditó que COLPENSIONES no tiene culpa ni dolo respecto de las acciones que efectuó COLFONDOS.

El asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto 265 del 7 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos COLPENSIONES, los que pueden ser consultados en los archivos 06 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 COLFONDOS 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 la administradora.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

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 el señor JAIME ALONSO MEJIA AZCARATE estuvo afiliado al Régimen de Prima Media desde el 1 de agosto de 1984 y hasta el 31 de julio de 2001 (carpeta *04HistoriaLaboralDemandante*); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS el 31 de julio de 2001 (fl. 27); **(iii)** que elevó solicitud de traslado de régimen a COLFONDOS el 4 de julio de 2019 (fl. 37), la cual fue resuelta negativamente por la AFP en oficio del 8 de julio de 2019 (Fl. 38); **(iv)** que el actor suscribió formato de afiliación a COLPENSIONES el 4 de julio de 2019 (fl. 39), la cual fue rechazada en oficio de la misma calenda, indicando que “*se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse*” (fl. 40).

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 (RMPMD), 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 en el formulario de afiliación a COLFONDOS (fl. 27), nada se indica respecto las consecuencias que acarrearía 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. Incluso, al recorrer el traslado de la demanda, COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda (fl. 112), aceptando en consecuencia que no brindó la asesoría necesaria al señor JAIME ALONSO MEJIA Azcarate.

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 aspirante a 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 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.

Se aclara igualmente que en el presente asunto lo que se pretende es la ineficacia del traslado conforme al artículo 271 Ley 100, por la omisión de las Administradoras de cumplir con el deber de información que les incumbe en orden a garantizar su libre y voluntaria decisión relativa a la selección del régimen, y que va encaminado a restablecer las condiciones anteriores a este acto; y no se trata del retorno del demandante al régimen de prima media, conforme las hipótesis planteadas por la norma y la jurisprudencia, pues claramente el contexto de la demandante se encuentra por fuera de estas.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de COLFONDOS el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos de las demandadas.

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 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 cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos 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 COLFONDOS 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 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 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.

Es preciso en este punto señalar frente al recurso de apelación elevado por el apoderado de COLPENSIONES, en lo referente al hecho que no se tuvo en cuenta todos los descuentos que se realizan a los aportes del afiliado por la AFP, que dentro del resuelve de la sentencia de primer grado se incluyeron dentro de los rubros a trasladar por parte de COLFONDOS los aportes realizados por el señor JAIME ALONSO MEJIA AZCARATE, sino también, los rendimientos y gastos de administración, rubro este que incluye el porcentaje destinado a la garantía para los riesgos de invalidez y muerte.

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 la 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 inducida la demandante, pues no debe pasarse por alto que la actora 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 la accionante pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

Finalmente, en lo que respecta a la condena en costas en sede de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, por norma general, de conformidad con lo establecido en el artículo 365 del CGP, en los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia se impondrá condena en costas. De lo anterior se colige, que para efectos de que sea procedente imposición de este tipo de condenas, es necesario que la parte contraria haya ejercido oposición al reconocimiento del

derecho, situación que se dio en el presente asunto por parte de la Administradora, puesto que al contestar la demanda se opuso a las pretensiones incoadas por la activa (Fls. 88-96).

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a UN 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

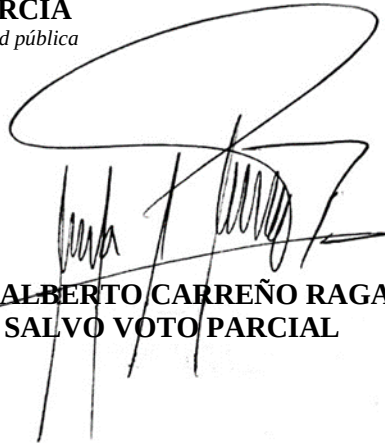
PRIMERO: CONFIRMAR la la sentencia No. 179 del 27 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y, se fija como agencias en derecho el equivalente a UN SMLMV.

Los Magistrados,


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


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL