



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|-------------------------|---|
| PROCESO | ORDINARIO |
| DEMANDANTE | ELMER CAMARGO RIVERA |
| DEMANDANDO | COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. |
| PROCEDENCIA | JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO CALI |
| RADICADO | 76 001 31 05 001 2022 00564 01 |
| INSTANCIA | SEGUNDA – APELACIÓN |
| PROVIDENCIA | SENTENCIA No. 10 DEL 31 DE ENERO DE 2024 |
| TEMAS Y SUBTEMAS | INEFICACIA DE AFILIACIÓN: las AFP omitieron cumplir su deber de información |
| DECISIÓN | MODIFICA |

Hoy, Treinta y uno (31) de enero de dos mil veinticuatro (2024), conforme lo previsto en el Art.13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Cuarta de Decisión Laboral y como magistrada ponente **ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA**, proceden a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia No. 247 del 9 de diciembre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **ELMER CAMARGO RIVERA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES E.I.C.E.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.**

AUTO DE SUSTANCIACIÓN No. 83

En atención al memorial allegado al despacho (PDF07SustitucionPoderImpulsoColpensiones), se le reconoce personería para actuar al abogado Rubén Ernesto Delgado Chaves, identificado con cédula de ciudadanía No

1.085.275.782 de Pasto - Nariño y tarjeta profesional No 320.644 del C. S. J.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **ELMER CAMARGO RIVERA** demandó a **COLPENSIONES y PORVENIR S.A**, pretendiendo se declare la nulidad (sic) de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por PORVENIR S.A, como consecuencia se ordene el traslado al Régimen de Prima Media (RPM), se tenga como válidamente afiliado a COLPENSIONES y se disponga por parte de PORVENIR S.A. el traslado de todos los aportes de la cuenta individual, incluyendo el capital, las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como hechos, indicó que, el 1 de julio de 1994, se trasladó a PORVENIR S.A, acto que se realizó teniendo en cuenta que los asesores que se encargaron de realizar el trámite no le explicaron las condiciones de la afiliación, ni muchos menos se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas de la afiliación en un RAIS y el RPM, no le proporcionaron información veraz y completa respecto a las consecuencias negativa o positivas que tendría con la afiliación al RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de su pensión.

Manifestó que, el 5 de abril de 2022, radicó ante la AFP solicitud de nulidad (sic) de la afiliación y posteriormente el 21 de octubre de 2022, radicó petición ante COLPENSIONES solicitando la afiliación al RPM, el cual fue contestado de manera desfavorable por dicha entidad.

COLPENSIONES, al contestar la demanda inició su intervención indicando que, se opone a la declaración de que el traslado del actor al fondo de pensiones fue inválido. Arguyó que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, sin demostrarse ningún vicio en el consentimiento. Enfatizó que la selección de un régimen de pensiones es exclusiva del afiliado y que la entidad no está obligada a realizar traslados entre regímenes.

Además, se opuso a la orden de trasladar los aportes y rendimientos del demandante a COLPENSIONES. Subrayó que la nulidad de la afiliación implica la devolución de todos los valores recibidos, incluyendo cotizaciones y rendimientos, según lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

PORVENIR S.A. al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de la nulidad y/o ineficacia, y adujo que la afiliación es un acto válido, en la medida en que el demandante suscribió la solicitud de vinculación al RAIS, de manera libre, espontánea y sin presiones, posterior a la realización de asesoría respecto de las implicaciones de la decisión, tal y como constan en el formulario de afiliación.

Destacó la aplicación de la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al demandante.

Arguyó que se opone ordenar el traslado de gastos de administración a Colpensiones, porque se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esta demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen, esto es "el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos (...)", lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado y por ende, no pertenecen a él, sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado.

Formuló las excepciones que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali decidió el litigio en sentencia No. 247 del 9 de diciembre de 2022, mediante la cual declaró no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. Así mismo, declaró la ineficacia del traslado del señor **ELMER CAMARGO RIVERA** al RAIS administrado por AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A realizado por el demandante en el año 1994. En consecuencia, DECLARÓ que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo permaneció en el RPM.

Ordenó a PORVENIR, devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado, como también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los periodos que administró las cotizaciones del demandante, valores que deberá indexar.

Por lo anterior, ordenó a COLPENSIONES que admita nuevamente al demandante en el RPM, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR, interpuso recurso de apelación argumentando que interponía el mismo toda vez que no se encontraba conforme respecto del numeral que ordenaba remitir los gastos de administración indicando que cada aporte realizado por el demandante fue destinado para pagar el seguro provisional de la compañía de seguros, descuentos que se encuentran determinados y autorizados por la ley; gastos que ya fueron causados en el tiempo en el que el mismo estuvo afiliado a la AFP Porvenir S.A, los cuales ya han generado sus respectivos rendimientos.

El asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, en favor de **COLPENSIONES**, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, frente a lo cual COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y el DEMANDANTE, presentaron los alegatos correspondientes. Los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si se interpuso en primera instancia.

No encontrando vicios que puedan generar la ineficacia de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 se profiere la

SENTENCIA No. 010

PROBLEMA JURÍDICO

En atención al recurso de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES, el PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL que deberá dirimir esta Sala, consiste en establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el señor ELMER CAMARGO RIVERA, habida cuenta que se plantea que dicho traslado se efectuó sin vicios en el consentimiento, por lo que se presume válido.

Así se establecerá si hay lugar a ordenar el traslado de todo el dinero aportado por el demandante en el RAIS con dirección a COLPENSIONES.

De ser procedente la ineficacia de traslado, se deberá determinar:

1. Si el demandante tenía la carga de la prueba en cuanto a la omisión del deber de información en que incurrió la AFP demandada.
2. Si la administradora de fondo de pensiones debe devolver a Colpensiones los gastos de administración indexados, seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones causadas en los períodos en que administraron la cuenta de ahorro individual del demandante.
3. Si se afecta la sostenibilidad del sistema financiero de Colpensiones con el retorno al RPM del demandante.
4. Si fue correcta la imposición de costas en primera instancia a cargo de las demandadas.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala comienza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Respecto del deber de información, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera a la afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses¹ y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba².

Para esta Sala, tal condición específica de la norma se refiere a que al contar el sistema de seguridad social con dos regímenes pensionales con características particulares y disímiles, al momento de la afiliación debe haber claridad para las personas sobre las características de uno y otro régimen pensional y sobre su situación pensional para que la afiliación sea eficaz.

Para dilucidar el asunto sometido a consideración, debe tenerse en cuenta las subreglas definidas por la Corte Suprema de Justicia en procesos donde se discute la validez de la afiliación a un régimen pensional: En la sentencia del 9 de septiembre de 2008, expediente 31989 y la con radicado 33.083 del 22 de noviembre de 2011, se explicó:

1. El deber de información es uno de los imperativos legales de las entidades administradoras de pensiones según el inciso tercero del literal c del artículo 60 de la ley 100 de 1993.
2. Conforme al deber de información las entidades de seguridad social deben explicar de manera completa y comprensible las particularidades del régimen, así que se falta a este deber aun cuando guardan silencio en aspectos neurálgicos del mismo.
3. la carga de la prueba sobre la información suministrada está en cabeza de la administradora de pensiones, puesto que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.”

Esto además ha sido reiterado en sentencias como radicación 46.292, de 2014, en la SL17595 del 18 de octubre de 2017, SL19447-2017 y su fallo de instancia SL4989-2018, 3034 de 2021.

En el caso del señor ELMER CAMARGO RIVERA se tiene que nació el 28 de abril de 1963, (PDF10 fl. 40 cuaderno juzgado); según soportes de la contestación de COLPENSIONES, el demandante inició sus aportes al Sistema General de Pensiones con el ISS (Instituto de Seguro Social) hoy Colpensiones desde el 11 de marzo de 1987 (PDF10 fl.28 cuaderno juzgado), posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. según certificado de ASOFONDOS (PDF11 fl. 70 cuaderno juzgado).

El accionante sostiene que, cuando se trasladó de régimen, la administradora de fondos de pensiones no le expuso eficientemente las condiciones del traslado, incumpliendo así su deber legal de dar una información veraz y completa sobre las consecuencias negativas de tal acto.

En efecto, en el caso, las pruebas documentales no dan cuenta que las AFP, hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar. No se acreditó que para el momento del traslado se efectuó una completa asesoría al demandante, pues de las pruebas allegadas no se desprende que la demanda se haya comportado con la pericia, profesionalismo y pulcritud a ellas exigida.

En suma, tras examinar las pruebas presentadas, se concluye que no se dispone de prueba que demuestre que la AFP haya proporcionado al afiliado, antes de su traslado, la información necesaria. Esto implica que no se ha demostrado que antes del traslado efectivo se le informara al demandante que el monto de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital acumulado en la cuenta individual. Además, no hay prueba que indique que se le informó que, si el capital no era suficiente para garantizar al menos una pensión mínima (equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente), tendría que seguir cotizando o aceptar la devolución de los saldos. Tampoco se encontró prueba que sugiera que se hayan realizado comparaciones entre las condiciones y diferencias entre ambos regímenes, entre otros aspectos cruciales que deberían haberse explicado antes del traslado de régimen pensional.

De esta manera las cosas, en atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, ha de concluirse que el traslado del demandante al RPM no se efectuó de manera libre y voluntaria, pues se presentó una "Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional", que impidió que su decisión se diera libre y voluntaria.

La ineficacia provocada en el acto inicial del contrato de traslado no la superó la estadía del demandante en el RAIS por varios años, pues tal situación no se valida con el acto mencionado y según las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL 4360-2019, entre otras, la declaración de ineficacia del cambio de régimen pensional no puede afectarse por la prescripción.

En consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al RAIS, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A. deberán reintegrar, como lo indicó el a quo, los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, debidamente indexados, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil.

Lo anterior, atendiendo lo dispuesto en sentencia SL 584-2022, que estableció que al declararse ineficacia y/o nulidad de traslado, las AFP deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la parte demandante, además los valores de los seguros previsionales y garantía de pensión mínima, indexado. Al respecto enuncia la mentada providencia lo siguiente:

"Así mismo, con cargo a lo explicado en providencia CSJ SL3199-2021, atrás citada, también debe modificarse el fallo del a quo, para condenar a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberá indexar, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, se repite, dado que la declaratoria de ineficacia presupone que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido."

Respecto a las sumas adicionales de las aseguradoras, se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, según el Art. 20 de la Ley 100 de 1993. Diferente a lo manifestado por el recurrente.

Con relación a la prescripción, debe decirse que, tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional, con fundamento en el artículo 48 Superior, ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas, a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo que pertenece a la prescripción de la acción de ineficacia del traslado de régimen, esta Sala encuentra que el traslado está ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, que resulta imprescriptible, tesis aceptada por la CSJ recientemente en sentencia SL 1688 del 8 de mayo del 2020.

Ahora, en lo relativo a las costas de primera instancia impuestas a COLPENSIONES es preciso señalar que conforme al artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1º, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc.

En consideración a lo anterior, la condena en costas atiende un carácter eminentemente objetivo, por cuanto la imposición de estas solo exige que se produzca el vencimiento de la parte a la que se obliga con las mismas, sin atender ninguna consideración adicional, por lo que, para su imposición, el Juez no puede examinar otros criterios distintos a los establecidos por la norma, como por ejemplo si hubo o no culpa de quien promovió la acción.

Y, es que debe precisarse en este punto, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia, la condena en costas no es una decisión facultativa del Juez de conocimiento respecto de la parte vencida en un proceso sino una obligación que por mandato del legislador no

puede eludir tomando como fundamento criterios no establecidos. Dicho lo anterior, esta sala concluye que el a quo, actuó de forma apropiada al condenar a las demandas en costas.

En el caso sub examine COLPENSIONES funge en el proceso como demandado, recibiendo una condena materializada en una obligación de hacer, dar o recibir y resultó vencida en juicio, ya que mostró oposición a las pretensiones, sin que las avalara el juez de primera instancia. Por tanto, se confirma la decisión de primera instancia respecto a la imposición de costas.

Además, se adicionará la decisión de primera instancia en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A., discriminar detalladamente los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y toda información pertinente, para lo que se otorgará un plazo de treinta (30) días contados desde la ejecutoria de esta sentencia; se ordenará a COLPENSIONES actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia. Aspecto este último en que se adiciona la sentencia de primer grado.

Finalmente, debe recalcar que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, con ello se verificó la legalidad de la condena.

Corolario, se adiciona la sentencia recurrida. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., por haberle sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV, a cargo de cada una.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia No. 247 de 9 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

*ORDENAR a **PROVENIR S.A** discriminar detalladamente los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y toda información que sea pertinente, para lo cual se otorgará un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de esta sentencia.*

SEGUNDO. ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia No. 247 de 9 de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

ORDENAR a COLPENSIONES actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: COSTAS a cargo de **PROVENIR S.A**, por haberle sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

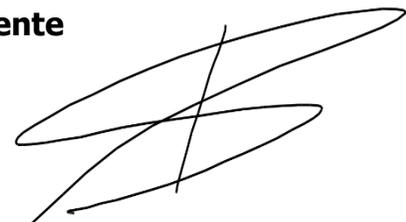
Se suscribe con firma electrónica

ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

Magistrada Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO



GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:
Alejandra Maria Alzate Vergara
Magistrada
Sala 007 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b4d06843bfaec60aa9d6de8bb4ad81150dcb811f80dd88b2ca862121ea73c0a**

Documento generado en 31/01/2024 09:39:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>