

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JULIO CESAR ARANGO GARZÓN
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-016-2020-00189-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 135

Santiago de Cali, veintisiete (27) de mayo de dos mil veintidós (2022)

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 DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°006 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta la misma, respecto de la sentencia No. 210 del 04 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada **DIEGO FERNANDO HERNÁNDEZ MONTERO** identificada con T.P. No. 301.029 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

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 2 a 23 Archivo 01 ED, así como en las contestaciones militantes de folios 2 a 12 Archivo 06 ED (Colpensiones) y 1 a 25 Archivo 07 ED (Porvenir).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 210 del 04 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la Litis, y en consecuencia declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el accionante al RAIS.

A la par, le ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES aceptar el traslado del señor JULIO CESAR ARANGO GARZÓN al régimen de prima media con prestación definida; y condenó a la AFP Porvenir a transferir a Colpensiones la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Finalmente, condenó en costas a las demandadas por resultar vencidas en juicio, estableciendo como agencias en derecho el equivalente a DOS (2) SMLMV.

Fundamentó su decisión en que, la postura asumida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ frente a la ineficacia de traslado, es que el simple consentimiento expuesto en un formulario de afiliación resulta insuficiente para dar por demostrado el deber de información que tienen los fondos de pensiones.

En igual sentido, recordó que la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, por lo que le corresponde a las AFP demandadas acreditar que al momento de la afiliación le proporcionaron al demandante información necesaria para discernir sobre la conveniencia o no del régimen al cual se estaba trasladando, destacó que dicha situación no se cumplió dentro del trámite, por cuanto las pruebas arrimadas no evidencian que la firma del formulario de afiliación estuviese precedida de conocimiento pleno de lo actuado.

Aunado a ello, indicó que la defensa de Porvenir se limitó únicamente a oponerse a las pretensiones de la demanda invocando normas alusivas al traslado de régimen, sin que en ellas se vislumbre defensa puntual sobre el tema de la asesoría.

En cuanto a la excepción de prescripción refirió que, la acción de ineficacia de la afiliación no se extingue por el paso del tiempo, dado que desde su nacimiento el acto carece de efectos jurídicos, por tanto, habilita a los afiliados a solicitar en cualquier tiempo la ineficacia del negocio realizado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación pretendiendo se adicione la sentencia proferida en primera instancia, manifestó que de acuerdo con el precedente vertical, en los casos en que se declara la ineficacia de la afiliación la condena de trasladar los dineros recibidos, implica que se ordene la devolución del porcentaje de gastos de administración, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros bonos pensionales y todos los frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1747 del CC.

Por otro lado, solicitó que se revoque la condena en costas impuesta a su representada, en la medida que Colpensiones interviene en el proceso solo para recibir los dineros producto de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, empero no tuvo injerencia en el acto del traslado que se declara nulo.

En lo no apelado se asume conocimiento en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante Auto del 08 de abril de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de la parte DEMANDANTE y las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., como se advierte de los archivos 04, 05 y 07 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 punto a examinar 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 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.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Se procede entonces a resolver tales planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el demandante estuvo afiliado al extinto ISS hoy Colpensiones entre el 04 de febrero de 1981 al 14 de febrero de 1985 cotizando un total de 210,26 semanas (f.27 a 30 Archivo 01).
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR el 15 de febrero de 1996 (f. 28 Archivo 01 ED), fondo en el que se encuentra actualmente afiliado y tiene cotizadas un total de 623 semanas en toda su vida laboral (f. 43 a 46 Archivo 01 ED)
- (iii) Que el 05 de diciembre de 2019 el demandante radicó reactivación de la afiliación a COLPENSIONES, petición a que fue resuelta desfavorablemente el mismo día a través de oficio BZ2019_15359844-3604917 (f. 63 a 64 y a 67 a 69 Archivo 01 ED).

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

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 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 para el 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 deriva 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 el formulario de afiliación suscritos por la actora, 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.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adocinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de “*afirmaciones o negaciones indefinidas*”, se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ “**(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)**” (Sentencia SL2817-2019).,

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informada de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Aúñese también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Además, 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 implicaba 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 cuales 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 del RAIS, 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 para el afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la prestación en mejores condiciones, más aún 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 de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que resulta suficiente 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, 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 aspecto, 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 a 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 el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta los argumentos de la alzada, y en atención a que el fondo privado está en la obligación de devolver todos los conceptos percibidos como consecuencia de la afiliación irregular del demandante, por cuanto esos recursos desde un principio han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (sentencia SL 4609 de 2021) habrá de adicionarse la sentencia recurrida para ordenar que PORVENIR también traslade a COLPENSIONES, el bono pensional, si lo hubiere, el porcentaje de gastos de administración, el porcentaje de prima de seguro previsional, debidamente indexados, y los rendimientos financieros, correspondientes al periodo en que la demandante estuvo afiliado a dicha AFP.

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).

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de índole declarativa, que corresponden a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de allí que 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. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de COLPENSIONES, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante sus argumentos en la contienda, en consecuencia, al resultar vencida en juicio, hay lugar a su imposición, aspecto que no deriva de su posición al momento de la afiliación, sino en el devenir de esta Litis.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida y se adiciona en el sentido de ordenar la devolución del bono pensional, comisión por gastos de administración, porcentaje de primas de seguros previsionales y los rendimientos financieros por todo el periodo de afiliación del demandante al RAIS. Sin Costas en esta instancia por no considerarse causadas.

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 CUARTO de la parte resolutive de la Sentencia No. 210 del 04 de octubre de 2021 proferida por el Juzgado Dieciséis 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 bono pensional, si lo hubiere, la comisión por gastos de administración, porcentaje de prima de seguro previsional, debidamente indexados, así como los rendimientos financieros, con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la Sentencia recurrida.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
ARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JULIO CESAR ARANGO GARZÓN
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-016-2020-00189-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA

El despacho se aparta de la decisión de conocer del grado Jurisdiccional de consulta en el caso que nos ocupa y a favor de Colpensiones, la que fuere concedida en primera instancia, por los motivos que a continuación me permito exponer:

1. No ser declarada en sentencia ninguna consecuencia económica en contra de Colpensiones, solo recibirá lo que por ley le corresponde.
2. Ser de carácter restrictivo y no extensivo la estimación sobre la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, por lo que debe ser contundente su tipicidad, ya que sin duda esa medida en nada favorece al afiliado, quien ve aplazar la ejecutoria de la sentencia.
3. Nótese que ninguna actividad se le reprocha a Colpensiones y por esa razón, menos podrá darse condena, lo que brilla es de completa ajenidad a su conducta, y de otro lado, todo se acomoda al diseño dual del sistema pensional, y a la obligación legal que surge para las dos entidades ante los traslados del régimen pensional (C 177/98).
4. En ese evento no se dan los supuestos de los artículos 137 y 138 de la ley 100 de 1993, en tanto la garantía estatal en nada se efectiviza si no hay condena o consecuencia económica alguna, cosa diferente es, si hay reconocimiento de los derechos pensionales del sistema, que es lo que se echa de menos en la sentencia pues por ahora se trataría de derechos eventuales.
5. Solo se trata de materializar lo que la ley ordena para casos de nulidad, al punto que incluso si el juez no exterioriza los efectos de la nulidad, de todas formas, ellos tienen materialidad al operar ope legis.
6. Es de ver que la orden de invalidar el traslado al otro sistema, conlleva para COLPENSIONES regularidad en sus finanzas, pues recibe los estipendios económicos capaces y suficientes para soportar y viabilizar sus obligaciones; las que con anterioridad ya tenía como su afiliado original, de modo que esa continuidad

en el régimen acompañado de los valores correspondientes, en concreto no reducen por la sola condena pensional, es que, no le corresponde a COLPENSIONES sufragar valor alguno señalado en la sentencia por esa invalidación del traslado, cosa diferente es, si en efecto, hay condena a algún beneficio, cosa que se repite, no existe.



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 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: **a254628cadb903823d89f8a9f5ddc6892baf39a4f4864b2fd6d887795e1ef89d**

Documento generado en 26/05/2022 03:16:15 PM

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