



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI-SALA LABORAL
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO
MAGISTRADO PONENTE**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **NELSON ROJAS GARZÓN** contra **PORVENIR S.A.**, y **COLPENSIONES**.

EXP. 76001-31-05-006-2020-00216-01

Santiago de Cali, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

La Sala Laboral del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA, CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA y en calidad de Magistrada Ponente YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO, atendiendo lo establecido en el artículo 15 de la Ley 2213 de 2022, procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, en contra de la sentencia n°. 35 de 24 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, por lo que se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA n.º. 293

I. ANTECEDENTES

Solicitó la demandante, que se declare la ineficacia y/o la nulidad de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y en consecuencia, se ordene el traslado de régimen al de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 1º de marzo de 1961; el 5 de enero de 1975, comenzó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy Colpensiones, logrando acumular 553 semanas.

Seguidamente, narró que el 23 de septiembre de 1996, fue trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., siendo efectiva a partir del 1º de noviembre del mismo año, sin embargo, manifestó que dicho traslado no se surtió en debida forma, no recibió por parte de las administradoras de fondos de pensiones información alguna respecto del traslado, ni le entregaron cálculos o proyecciones de su futuro pensional.

Por lo anterior, el 23 de septiembre de 2019, se dirigió ante Porvenir S.A., para que le proyectarán su pensión de vejez, sin embargo, la misma arrojó una mesada muy inferior a la que hubiese tenido con el ISS hoy Colpensiones.

En consecuencia, el 18 de febrero de 2020, radicó un derecho de petición ante Colpensiones y Porvenir S.A., respectivamente, en

donde solicitó la nulidad del traslado efectuado al RAIS, el cual negaron. (Doc. 01, fls. 6 a 14)

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., se opuso a todas las pretensiones de la demanda e indicó, que no es procedente el traslado de régimen solicitado por el demandante, toda vez, que al momento de suscribir la afiliación al RAIS él lo hizo de forma libre y espontánea, completamente informado, recibió asesoría de manera verbal por parte de Porvenir S.A., con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios y las consecuencias que acarrearía la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Prescripción, Prescripción de la Acción de Nulidad; Cobro de lo No Debido por Ausencia de Causa e Inexistencia de la Obligación; Buena Fe*». (Doc. 13, folios 3 a 27).

COLPENSIONES, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y dijo, que no es procedente el traslado de régimen solicitado por el demandante, en razón, que el señor Rojas nació el 1 de marzo de 1961 y cuenta con 59 años de edad, es decir, que está acreditado el requisito de la edad mínima para acceder a la pensión de vejez.

Indicó, que es cierto, que el demandante inicialmente se afilió al Régimen de Prima Media con prestación definida, y posteriormente se trasladó al RAIS en el cual se encuentra actualmente; por último, propuso las excepciones de mérito denominadas «*Inexistencia de la Obligación; la Innominada; Buena Fe y; Prescripción*». (Doc. 18, folios 3 a 13).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en sentencia n.º. 35 del 24 de febrero de 2022, declaró la ineficacia del traslado por el señor Nelson Rojas Garzón del régimen de prima media administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A; impuso a Colpensiones aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales al afiliado.

Y ordenó a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones todos los aportes efectuados por el demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales, como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo del afiliado en la AFP del RAIS. (Doc. 23)

Como argumento de su decisión, indicó la *a quo* que, de conformidad con lo establecido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es a los fondos de pensiones quienes tienen la obligación de demostrar que brindó una información completa y clara, que permita a los afiliados decidir con todos los elementos de juicio cuál de los regímenes pensionales sería el mejor.

Para concluir, que la administradora de pensiones Porvenir S.A., no demostró que asesoró 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, debiendo las entidades padecer los efectos negativos de su actuar. (Doc. 23)

IV. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES y **PORVENIR S.A.**, interpusieron recurso de apelación (Doc. 22, min. 20:50 a 24:01 y min. 27:19 a 31:50), Colpensiones manifestó que para que la ineficacia del traslado prospere se debe cumplir unos requisitos dentro de los cuales se encuentra que el interesado haya sido debidamente asesorado al momento del traslado y/o afiliación y que la persona tenga amplio conocimiento del funcionamiento, características, beneficios del sistema de ahorro individual con solidaridad frente al sistema de prima media con prestación definida.

Por su parte Porvenir S.A., manifestó que al momento de la afiliación y/o traslado del actor al régimen de ahorro individual, se cumplió con el deber de información que le asistía y de manera libre, el señor Rojas decidió afiliarse o trasladarse a Porvenir S.A.

Al unísono, recalcaron que el actor al momento de la afiliación al RAIS, tuvo pleno conocimiento de las características del régimen de ahorro individual, conocía todas las variables, modalidades de pensión, sabía que podía realizar aportes a pensión voluntaria, conocía sobre los rendimientos financieros, etc.; fue capacitado en temas relacionados con la Ley 100 de 1993, situaciones que fueron narradas por el propio demandante en su interrogatorio de parte; razones suficientes para no acceder a declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación que efectuó el actor ante Porvenir S.A.

Por último, Porvenir S.A., solicitó que en el evento que sea confirmada la decisión de primera instancia, se analice la condena establecida en el numeral tercero de la resolutive de la sentencia apelada, sobre el traslado de los gastos de administración a Colpensiones, toda vez, que los mismo fueron descontados por mandato legal y, así mismo se declare probada la excepción de prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto n.º. 341 del 12 de septiembre de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en términos similares a lo expuesto en la alzada y la contestación de la demanda, los que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

Con lo anterior se procede a resolver previas las siguientes;

V. CONSIDERACIONES

Atendiendo el marco funcional atrás reseñado (art. 66^a CPTSS), el problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer si se demostró en el plenario que la AFP Porvenir S.A., cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Así mismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

Claro lo anterior, no se discute en la apelación que: *i)* el demandante nació el 1 de marzo de 1961; *ii)* inició a cotizar al ISS hoy Colpensiones el 5 de enero de 1975 y *iii)* el 23 de septiembre de 1996, se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

En el asunto *sub judice* es necesario recordar 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, 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.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha sostenido que 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 la Corte trajo a colación en sentencia SL2060-2022, lo expuesto en la sentencia SL12136-2014, en la 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».

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».*

De otro lado, en la sentencia SL2060-2022, citada, la corte explicó *«que, con el paso del tiempo, ese deber de información se ha consagrado cada vez con mayor nivel de exigencia y ha identificado tres etapas que, conforme a las normas que han regulado el tema, abarcan tres periodos: el primero desde 1993 hasta 2009, el segundo, desde 2009 hasta 2014 y, el último, de 2014 en adelante».*

Bajo ese entendido, conforme a la fecha en la que el accionante migró al régimen de ahorro individual con solidaridad el 23 de septiembre de 1996, la obligación de la AFP se enmarca en el primer periodo, durante el cual la obligación consistía en brindar al demandante información clara y transparente de los dos regímenes pensionales.

Como se puede observar, las sociedades administradoras de fondos de pensiones, desde su creación 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, certificación de vinculaciones del actor, expedida por Asofondos y, así como el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., (Doc. 13, fls. 44 y 45), nada puede extraerse sobre la información brindada al demandante respecto de 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 adoctrinado 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 obligación 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 el afiliado acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados les imponen el deber de información, razón

suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la asesoría brindada.

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 permitía exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado, cómo serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Aúnese 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, la AFP mencionada está en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información por cualquiera de los medios admisibles; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, la carencia de 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.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora Porvenir S.A., 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 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 para el afiliado.

Ahora, es pertinente señalar que, si bien el demandante lleva afiliado al RAIS más de quince (15) años, que trabajó como asesor comercial al servicio de Porvenir S.A., y por lo tanto conoce a profundidad los beneficios y modalidades que maneja ambos regímenes, son circunstancias que por sí solas no le otorga la razón a la pasiva, pues se reitera que en el asunto analizado, existe la certeza que cuando el demandante se trasladó, no le fue suministrada una información clara, cierta, comprensible y oportuna, precisando las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, sumado a que lo declarado aquí es la ineficacia del primer acto jurídico, el cual no se convalida con el paso del tiempo, traslados a otros fondos dentro del mismo régimen pensional, y reasesoría, si es que la hubo, pues no puede sanearse lo que feneció al nacer (Léase la Sentencia SL1688-2019 del 08 de mayo de 2019).

En armonía con ello, tampoco puede considerarse que la falta de reclamo en el transcurso de su afiliación puede convalidar las deficiencias de la AFP, porque es precisamente cuando ya se encuentra *ad portas* de causar el derecho pensional, donde advierte que las promesas que la llevaron a aceptar el traslado al RAIS fueron ilusorias, en comparación con las condiciones que inicialmente tuvo en el régimen de prima media, y que, encuentra en la ineficacia enrostrada, la única oportunidad de recuperar estas prerrogativas, independiente que falten o no 10 años o menos para adquirir el derecho pensional.

Corolario de lo expuesto estima la Sala que, al no haberse demostrado por parte de Porvenir 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 Porvenir S.A.

En este orden, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP Porvenir S.A., deberá ésta trasladar al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del 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 deberá ser asumidos por la AFP Porvenir 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.

Entonces, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambió 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 relación con la excepción de prescripción, la misma no está llamada a 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, concepción extendida a los derechos económicos que de esta acción emanen, como la posibilidad de que el capital cotizado

sea devuelto en su totalidad al régimen de prima media, en la medida en que el traslado de estos valores no atienden a ser un resarcimiento patrimonial sino que responden al derecho irrenunciable a la seguridad social.

Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia SL1214-2022, sumado a que tampoco debe verificarse la prescripción del contrato de seguros, al no ser el punto de debate dentro del particular, en tanto esta contratación no inmiscuye los intereses mínimos protegidos a la demandante.

En consecuencia, se confirmará la sentencia n.º. 35 del 24 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali. Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) 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 y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia n.º. 35 del 24 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de un (1) smlmv.

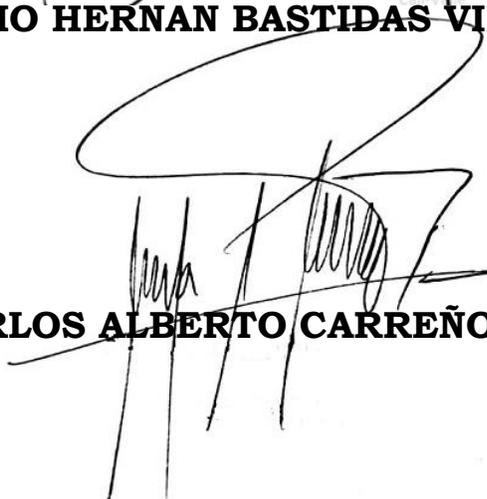
Los Magistrados,

Firma digitalizada para
Actos Judiciales

YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
actos judiciales


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA