

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARI ELSY ACEVEDO CASTRO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-3105-018-2019- 00051-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN PORVENIR; CONSULTA COLPENSIONES
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 217

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 PORVENIR y el grado jurisdiccional a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 072 del 26 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado DIMER ALEXIS SALAZAR MANQUILLO identificada con T.P. No. 252.522 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 02 a 10 del expediente digital; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 38 a 46 y en la contestación de PORVENIR S.A. a folios 80 al 101, los cuales en gracia de la brevedad y el 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 072 del 26 de febrero de 2020, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

A la par, declaró la ineficacia del traslado de la demandante desde el RPM al RAIS administrado por PORVENIR y en consecuencia, ordenó a la AFP que traslade los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y los gastos de administración indexados.

Igualmente impuso a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado de la demandante y en el término de dos meses siguientes al cumplimiento por parte de PORVENIR, proceda a actualizar la historia laboral de la accionante y condenó en costas a PORVENIR y COLPENSIONES, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV a cada una.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que en el caso bajo estudio brilló por su ausencia la acreditación del deber de información para con la demandante, pues era obligación de la AFP demandada probar que sí realizó al momento del traslado inicial una asesoría completa, transparente, clara, oportuna y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen, lo que no se logra verificar con el formulario, concluyendo así que tal falencia probatoria permite inferir que no hubo una labor de acompañamiento integral y completa por parte de la AFP, lo que lleva a declarar ineficaz el traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando se revoque parcialmente el numeral primero, y en su totalidad los numerales segundo, tercero y quinto de la sentencia recurrida, pues considera que la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia que se menciona dentro de la decisión no es aplicable al caso concreto, pues las manifestaciones de la sentencia tratan de una persona con expectativa legítima y régimen de transición.

Argumentó que solo fue a partir de los años 2014-2015 que se vino a dar exigencia a una asesoría en relación con las mesadas pensionales que pudiese llegar a percibir el afiliado en el RAIS.

Solicita se verifique la prescripción, pues considera que lo que se está buscando en el presente caso es la nulidad de un acto jurídico en el cual a la parte accionante no se le afecta el derecho pensional, sino que por el contrario, el traslado pretendido obedece a un posible aumento de la mesada pensional en el RPM.

Manifiesta que se debe tener en cuenta que su representada actuó de buena fe y de conformidad al artículo 7 del decreto 2995 del 2008, en dicho precepto normativo no se hace exigible que cuando se hacen los traslados de régimen del RAIS al RPM, deban retornarse los gastos de administración; por tal motivo, expresa que debe verificarse la excepción de compensación teniendo en cuenta los rendimientos obtenidos en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto 259 del 7 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos las partes demandadas, los que pueden ser consultados en los archivos 05 a 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 PORVENIR 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 las administradoras.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, así como si hay lugar a declarar la excepción de compensación a que se hace alusión en la alzada.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto: **(i)** que la demandante ha efectuado cotizaciones al Régimen de Prima Media desde el 04 de julio de 1995 al 30 de abril de 2005 equivalente a 244,29 semanas (fl. 47 a 50, 56 y 57); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR el 27 de abril del 2000 (fl. 102 y 116) con fecha de efectividad del 1 de junio del 2000 (fl. 115) donde ha cotizado por lo menos hasta agosto de 2019, según historial laboral vista a folios 117 a 157; **(iii)** que elevó reclamación administrativa ante PORVENIR el 17 de diciembre de 2018 (fl. 12) y ante COLPENSIONES (fl. 13), recibiendo respuesta negativa por parte de COLPENSIONES en misiva del 13 de diciembre de 2018 por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (fl. 14).

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 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 PORVENIR (fls. 102 y 116), nada se indica respecto las consecuencias que trajo 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.

Conviene advertir, que los comunicados y fragmentos de prensa con anuncios relativos al régimen de Ahorro Individual que se allegaron al proceso (fls. 103 y 104) no denotan el cumplimiento por parte de la Administradora de su deber de información frente a la afiliada, en tanto ninguna referencia concreta al asunto de la accionante se hace en los mismos, para tener por cumplido el deber de asesoría que le asistía a las demandadas.

La asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este 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 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.

La Sala considera oportuno precisar frente al razonamiento del apelante según el cual sólo para los destinatarios del régimen de transición se admite por la jurisprudencia la nulidad del traslado, que el mismo es desacertado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

En efecto, en la jurisprudencia sobre el tema¹, se ha establecido que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR S.A., el cumplimiento de sus obligaciones legales para con la afiliada, el traslado de régimen pensional del que fue sujeto la demandante es ineficaz, lo que resulta suficiente para desestimar los argumentos de los demandados.

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 del 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 los rendimientos y 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 por PORVENIR 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 hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En lo relativo a la compensación que reclama la accionada entre los rendimientos y los gastos de administración habría que indicar que tales rendimientos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrados allí en el fondo común de naturaleza

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y CSJ SL 1688-2019

publica que conforman dichos aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse estos aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecerían a este; y en lo que respecta a los gastos de administración, corresponden estos junto con el aporte para pensión, al total de la cotización que se verificó por el afiliado, y que debió recibirse por la AFP COLPENSIONES de haber permanecido afiliado durante todo el tiempo a esta entidad.

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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

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 sentencia No. 072 del 26 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

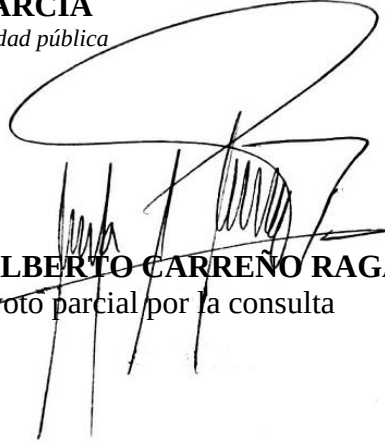
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (01) SMLMV.

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Deto 494 de 2020)

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
JB-05


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salva voto parcial por la consulta