

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	EDGAR ROJAS ESCALANTE
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO ONCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-011-2020-00193-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 309

Santiago de Cali, veintiocho (28) septiembre 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° 021 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y consulta a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 013 del 10 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada PAOLA ANDREA GUZMAN CARVAJAL identificada con T.P. No. 295.535 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor **EDGAR ROJAS ESCALANTE** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, con el fin de que: 1) se declare la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS; 2) que como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimiento y gastos de administración; y 3) que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

En virtud del principio de la economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en los folios 2 a 6 del archivo 04Demanda.pdf la demanda; en el archivo 10ContestacionDemandaColpensiones.pdf la contestación de COLPENSIONES; y en el archivo 13ContestaciónDemandaPorvenir.pdf la contestación de PORVENIR.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 013 del 10 de febrero de 2021, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante ROJAS ESCALANTE del RPM al RAIS, y en consecuencia, ordenó su retorno automático al RPM administrado por COLPENSIONES.

A la par, condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, con las correspondientes comisiones y gastos de administración que haya recibido la AFP con ocasión de la afiliación del accionante.

Ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante, junto con las sumas proveniente de PORVENIR y condenó con costas a las demandadas, fijando como agencias en derecho el equivalente a 1SMLMV.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que revisado el material probatorio no se encontró prueba alguna que diera cuenta que al demandante se le brindó la información veraz, completa, transparente, suficiente y en un lenguaje claro donde se le hubiera dado a conocer las características propias del RAIS, las diferentes alternativas pensionales, cuáles eran los beneficios e inconvenientes de trasladarse de régimen, qué consecuencias negativas iba a tener el acto de traslado; tampoco se observó que se le hubiera explicado cómo incidía la cuenta de ahorro individual al momento de establecer el monto de su mesada pensional, el disfrute de la pensión en el RAIS, cómo se calcula la mesada pensional en el RPM, la diferencia existente en el pago de aportes pensionales, y que esa falta de información denota un actuar falaz por parte de la AFP, pues omitieron información relevante para el afiliado.

Explicó que el hecho de que hayan transcurrido aproximadamente 20 años desde que el demandante efectuó el traslado de régimen pensional o que éste no fuese beneficiario del régimen de transición, no significa que la AFP no tuviera que cumplir con su deber de información al momento de realizar el traslado de régimen.

Indicó que la excepción de prescripción no está llamada a prosperar, por cuanto los efectos de esta figura se tornan regresivos a los principios de irrenunciabilidad y progresividad propios del sistema de pensiones, pues de llegarse a aceptar la prescripción en la ineficacia de un traslado de régimen pensional, sería como convalidar un acto que desde su inicio fue carente de validez.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia apelada, pues considera que para el momento en que el demandante realizó el traslado de régimen, se encontraban apenas en la primera etapa del deber de información exigido a las AFP, en cuanto exponer a los afiliados si al momento de su traslado se generaban renuncias o existía alguna pérdida frente algún beneficio pensional.

Expresa que el demandante no es beneficiario del régimen de transición ni contaba con expectativas legítimas frente a su situación pensional, motivo por el cual, la ley lo facultaba para realizar el traslado de régimen; advera que no se desconoce el deber de información, sin embargo, expresa que la consideración del *a quo* va más allá de lo exigido en la ley al manifestar que no se dio buen consejo o que no se le indicó que era lo más provechoso al momento de realizar el traslado de régimen o que si perdía algún beneficio pensional, toda vez que el deber del buen consejo surge con posterioridad al año 2009.

Hace mención a las sentencias rad 33083 del 2013 y 31981 del 2008, exponiendo que el formulario no puede verse como un simple formato, toda vez que en su momento se encontraba avalado por la Superintendencia para constatar la voluntad por escrito que se exigía en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 tanto para el RAIS como el RPM.

Explicó que el formulario de afiliación cumplía con lo exigido por la superintendencia financiera en su momento, pues es el ente de control para las AFP, motivo por el cual, debió considerarse claramente como la voluntad y el consentimiento del afiliado respecto al traslado de régimen, aceptando las implicaciones y características de este. Arguye que el demandante tenía pleno conocimiento de lo estipulado en la ley 100 de 1993, motivo por el cual, no es dable que la diferencia de una mesada pensional conlleve a declarar la ineficacia el traslado.

Respecto de los gastos de administración, expone que éstos se encuentran autorizados en el artículo 13 y el literal Q) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que su representada actuó con buena fe al momento de realizar los cobros por administración durante todo el lapso de vinculación del afiliado para cubrir las contingencias de invalidez y muerte con el pago del seguro.

Finalmente, expone que el accionante dejó claro en el interrogatorio de parte que la información respecto de una cuenta de ahorro individual y de los rendimientos le quedaron claras, al igual que las diferencias de heredabilidad de aportes en el RAIS y en el RPM y que la información de la diferencia del monto pensional fue suministrada al monto de trasladarse de régimen.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos por los apoderados judiciales de la parte demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06 del expediente digital, y a los que se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por 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.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

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

(i) Que el demandante estuvo afiliado a COLPENSIONES desde el 25 de febrero de 1985 hasta el 30 de junio de 1995 cotizando un total de 287,43 semanas (carpeta 11ExpedienteAdministrativoCC16800517.rar – CC-16800517 – archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_1801-20200824085901.PDF del expediente digital)

(ii) Que se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR el 16 de junio de 1995 (fl. 58 del archivo 13ContestaciónDemandaPorvenir.pdf del expediente digital), con fecha de efectividad 1 de julio de 1995 (fl. 77 del archivo 13ContestaciónDemandaPorvenir.pdf del expediente digital) donde se encuentra actualmente afiliado.

(iii) Que elevó solicitud de traslado al RPM ante PORVENIR S.A el 19 de marzo de 2020 (fl. 29 del archivo 05AnexosDemanda.pdf del expediente digital) y ante

COLPENSIONES el 30 de junio de 2020 (fl. 27 y 28 del archivo 05AnexosDemanda.pdf del expediente digital), obteniendo respuesta negativa por parte de ésta última mediante misiva BZ2020_6266419-1345102 del 2 de julio del 2020 carpeta 11ExpedienteAdministrativoCC16800517.rar – CC-16800517 – archivo GEN-RES-CO-2020_6266410-20200702035600.pdf)

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 se trataba 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 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 allegadas al expediente, 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. 79 a 81 del archivo 13ContestaciónDemandaPorvenir.pdf del expediente digital) no denotan el cumplimiento por parte de las Administradoras 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 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 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

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

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.

Y en cuanto a lo aducido por el accionado, en relación con las manifestaciones que hiciere el accionante en el interrogatorio de parte, en punto a tener claridad sobre la información de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, así como el aspecto de la heredabilidad de los aportes en el RAIS, corrobora el hecho que apenas se le expusieron aspectos puntuales, aislados de las ventajas que en su momento se sostenían respecto del RAIS, pero para nada esta denotando lo que aquí se extraña, esto es, la información precisa, clara en punto a lo que le representaba dejar el régimen de prima media.

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

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 al actor tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, incluyendo para tal efecto los gastos de administración.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por la AFP 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 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 pretensiones de carácter declarativo, que tiene relación con 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 revestida 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 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 013 del 10 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de PORVENIR, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Jb


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL