

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	GLORIA INES OCAMPO CARDENAS
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO TRECE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-013-2019-00774-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 083

Santiago de Cali, veintiocho (28) de abril 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° 005 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 271 del 29 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

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 7 a 26 demanda, 96 a 119 la contestación de COLPENSIONES y 120 a 151 contestación de Porvenir piezas procesales contenidas en el archivo 01 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 271 del 29 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la señora GLORIA INES OCAMPO CARDENAS a Colpatría y su posterior afiliación a Porvenir S.A.

A la par, ordenó a la AFP demandada, cumplir el traslado de la totalidad de lo ahorrado por la demandante junto con sus rendimientos financieros, a la Administradora Colombiana de Pensiones, igualmente determinó que Colpensiones debía recibir la totalidad de lo ahorrado por la accionante y vincularla nuevamente al RPMPD sin solución de continuidad.

Finalmente, condenó en costas a los fondos de pensiones, fijando como agencias en derecho el equivalente a MEDIO (1/2) SMLMV para cada una.

Como argumento de la decisión precisó el *A quo* que, con el material probatorio arrimado al proceso no se podía establecer que la AFP demandada, al momento del traslado le hubiere brindado a la accionante la asesoría debida, que le explicaran las ventajas y desventajas del régimen; resaltó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, le corresponde a los fondos de pensiones, aportar las pruebas necesarias para demostrar que cumplieron con el deber de información, sin embargo en el proceso brilló por su ausencia la prueba encaminada a comprobar el cumplimiento del deber de información.

En cuanto a las excepciones propuestas refirió que no estaban llamadas a prosperar ni siquiera la de prescripción, toda vez que la afiliación está ligada a dos instituciones como lo son el derecho a la seguridad social y el derecho pensional, por tanto, no son susceptibles de prescripción.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación, solicitando se absuelva a su representada de la condena emitida por el juez de primer grado, manifestó que en virtud del principio de sostenibilidad financiera no es procedente la declaratoria de ineficacia de afiliación, dado que esta acción pone el peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, en razón a que Colpensiones tendría que entrar a reconocer las prestaciones económicas que se deriven de esa afiliación, cuando nunca administró los recursos de la accionante.

En igual sentido, indicó que la Corte Constitucional, con el propósito de evitar que se genere una situación caótica que desvertebre los recursos de la seguridad social y ponga en riesgo el derecho pensional de los demás afiliados, en sentencia de unificación del año 2013, precisó que solo las personas que al 01 de abril de 1994 tengan cotizados 15 años de servicios o más, podrán trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Explicó que como la demandante no cumple con los 15 años de servicios a la entrada en vigor de la ley 100 de 1993, y en la actualidad le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión no es procedente su traslado al RPM.

Por otro lado, solicitó que de mantenerse incólume la declaración de ineficacia del traslado, se le debe ordenar a Porvenir S.A que devuelva las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y la garantía de pensión mínima por el tiempo que administró los dineros de la demandante.

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a la AFP de las pretensiones de la demanda; fundamentó su petición argumentando que la demanda se basó en que el acto jurídico, tiene vicios del consentimiento, sin embargo, en el trámite judicial no se logró probar el error, la fuerza o el dolo.

Al mismo tiempo, refirió que el *A-quo* no tuvo en cuenta, que la demandante podía ejercer su derecho al retracto o solicitar afiliación nuevamente al RPM, indicios con los que se demuestra que estaba conforme con las características del RAIS, así mismo precisó que PORVENIR cumplió con la carga probatoria, toda vez que la única prueba que exigía el ordenamiento legal vigente para la época del traslado lo era el formulario de afiliación y ese no fue tachado de falso.

En cuanto a la excepción de prescripción insistió en que debía declararse probada, dado que la acción no versaba sobre el derecho pensional, sino sobre el régimen que tendría a cargo el reconocimiento de la pensión para efectos de obtener un mayor valor en la mesada pensional, acción que a todas luces si es objeto de prescripción.

Por otro lado, advirtió que, de mantenerse la condena de ineficacia de la afiliación, era improcedente la devolución de los gastos de administración, en atención a que el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, no contempla dentro de los *ítem* a devolver, las comisiones de gastos de administración, ya que estos emolumentos no le pertenecen al afiliado, sino a la AFP por la buena gestión que realiza manejando los aportes de los afiliados.

Frente a ese punto, manifestó que en caso de confirmarse la condena al reintegro de los gastos de administración se debía declarar probada la excepción de compensación, ya que al ser consecuencia jurídica de la ineficacia, el que el acto jamás nació a la vida jurídica, el afiliado tampoco tendría a derecho a percibir los rendimientos financieros, pues estos nunca se causaron, entonces al declararse probada la excepción de compensación ninguna de las partes se vería obligada a retornar estos rubros, que en virtud de la declaración de ineficacia no tendría derecho.

Seguidamente, solicitó que se estudie la excepción de prescripción en lo referente a la devolución de gastos de administración, pues estas sumas por no estar ligadas al derecho pensional no gozan de imprescriptibilidad.

Finalmente, indicó que como su representada siempre actuó de buena fe y las conductas que desplegó estuvieron acorde a derecho, debía ser exonerada de la condena de costas procesales.

Lo no apelado será materia de decisión en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, art 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 los apoderados PORVENIR y COLPENSIONES los que pueden ser consultados en los archivos 05 y 06, 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 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.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a condenar en costas de primera instancia a PORVENIR.

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 estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones y efectuó el traslado al RAIS el 15 de junio de 1997 a la AFP COLPATRIA, fondo de pensiones que se fusiono con PORVENIR S.A fl 28 archivo 01 ED.
- (ii) Que luego se trasladó a PORVENIR S.A. el 24 de febrero de 1998, donde ha cotizado hasta la fecha de presentación de la demanda un total de 1.105 semanas fl 34 a 38 archivos 01 ED.
- (iii) Que el 25 de junio de 2019, radicó petición a PORVENIR S.A., pretendiendo el traslado al RPM administrado por Colpensiones fl 46, solicitud que fue negada argumentando que dichas solicitudes se hacían directamente con el fondo de pensiones al que pretendía afiliarse, y además en el caso de la demandante no era procedente pues ya estaba inmersa en la prohibición del artículo 13 de la ley 100 (fl 47 y 48 archivo 01).
- (iv) Que el 3 de julio de 2019 solicitó afiliación ante COLPENSIONES (fl. 49), recibiendo respuesta desfavorable mediante misiva de la misma fecha (fl. 50).

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 pudiera 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 los formularios 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 informado 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.

Si bien a folios 39 a 42 del archivo 01 se observa simulación pensional efectuado por PORVENIR en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hacen análisis comparativos frente a la cuantía de la prestación en el RPM, además se observa que esta información se suministró a la afiliada cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, 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 ésta 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.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la 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 la 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 ese orden de ideas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primer grado para ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

Ahora bien, 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 PORVENIR, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante sus argumentos, 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 adiciona la sentencia recurrida para ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

Las Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV Sin costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES dada la prosperidad parcial del recurso de alzada.

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 la sentencia No. la sentencia No. 271 del 29 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante todo el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante, incluido el periodo que estuvo vinculada con la AFP COLPATRIA.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV, y sin costas a cargo de COLPENSIONES, conforme a lo considerado en precedencia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

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

(AUSENTE CON EXCUSA JUSTIFICADA)
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: **ca95f64096b60f0cb9791a3133d08401306c10c274ec2adc3240fc578b1ae447**
Documento generado en 27/04/2022 07:45:19 PM

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