

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JOSE WALDO CALAMBAS MORALES
DEMANDADOS	PROTECCIÓN Y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-017-2019-00209-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 063

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de marzo 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 DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N°003 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN Y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 018 del 19 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

Por Auto Interlocutorio No. 4063 del 14 de noviembre de 2019, el Juzgado Diecisiete Laboral, ordenó la vinculación de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIÓN PARAFISCAL –UGPP-, en calidad de litisconsorte por pasiva (fl 93 del archivo 01).

ANTECEDENTES

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en el archivo 01 a folios 34 a 42 demanda, 49 a 54 contestación Colpensiones; 60 a 65 intervención Ministerio Público; 72 a 76 contestación Protección y archivo 04 contestación UGPP.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 018 del 19 de febrero de 2021, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la UGPP y no probada la totalidad de las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

A la par, declaró la nulidad del traslado de régimen realizado por el demandante del RPM al RAIS, y en consecuencia, ordenó su retorno al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Del mismo modo, condenó a PROTECCIÓN a restituir la totalidad de los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro

individual del demandante, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración.

Así mismo, le ordenó a Colpensiones afiliar al demandante al RPM y recibir los dineros que se encuentran en su cuenta de ahorro individual.

Finalmente, absolvió de la condena en costas a COLPENSIONES y la UGPP y solo condenó por ese rubro a PORVENIR fijando como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

Como argumento de su decisión indicó el *A quo* que, la demostración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP a sus afiliados, demanda más pruebas que el simple formulario de afiliación firmado por el demandante, en tanto que la asesoría debida está ligada al consentimiento informado, por lo que se exige que la información entregada al momento del traslado le permita al posible afiliado discernir cual es la opción que mejor se ajusta a sus intereses, conociendo las características y riesgo de cada uno de los regímenes.

Simultáneamente, precisó que, con las pruebas allegadas al proceso no se logró acreditar que la AFP COLMENA le hubiera brindado al accionante la información debida antes de suscribir el formulario de afiliación, razón por la cual no se podía considerar que el traslado fue libre y voluntario y por lo tanto era procedente declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por el actor al RAIS.

Así mismo, informó que, aunque el demandante antes de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad no estaba vinculado al extinto ISS hoy Colpensiones, había lugar a ordenar su retorno, por cuanto estaba afiliada a Cajanal entidad que en su momento estuvo autorizada para administrar el RPM y al no existir en la actualidad más administradoras del régimen de prima media con prestación definida, lo adecuado era ordenar su retorno a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** apeló la decisión pretendiendo la revocatoria de la sentencia, fundamentando su solicitud en que el demandante no cumple los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y por ende no está autorizado para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, además precisó que, al encontrarse a menos de 10 años de cumplir la edad mínima para pensionarse, sobrepasaba el término legal establecido para realizar movilidad entre regímenes.

Del mismo modo, refirió que, con las pruebas obrantes al plenario no se demostró que el contrato de afiliación que suscribió el demandante careciera de validez, puesto que no se puede predicar la ineficacia de la afiliación en un contrato que fue completamente legal, fundamentado en una diferencia en la mesada pensional que fue estatuida desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, razón por la cual no es admisible que el accionante, basado en una expectativa de obtener un mayor valor en su mesada pensional manifieste que su decisión no fue libre y voluntaria al momento de firmar el contrato, generando con ello una inestabilidad financiera, en tanto le va corresponder a COLPENSIONES asumir el pago de unas mesadas pensionales, cuando nunca administró los dineros del demandante.

A su turno, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, presentó recurso de apelación, contra la sentencia proferida señalando que, al hoy demandante al momento de la afiliación se le brindó la información debida, conforme a las leyes que se encontraban vigentes para la época del traslado, que se le informó de las características del RAIS para que pudiera escoger una decisión que se ajustara a sus intereses, además sostuvo que, si no obra dentro del informativo constancia por escrito de la asesoría brindada, es porque para la calenda en la

que se realizó la afiliación la ley no exigía dejar por escrito la información suministrada, y no por ello es dable considerar que el negocio jurídico realizado carecía de validez.

Paralelamente, explicó que, de confirmarse la declaración de ineficacia del traslado, se debía revocar la condena referente a trasladar los gastos de administración, bonos pensionales y las sumas adicionales, teniendo en cuenta que el bono pensional no se encuentra dentro los dineros de la cuenta de ahorro individual del accionante, en tanto el único ente encargado de liquidar y redimir los bonos pensionales es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Respecto de las sumas adicionales manifestó que tampoco es procedente la devolución de estos rubros, por cuanto esas sumas fueron utilizadas para pagar las pólizas que se tenían contratada para cubrir los riesgos de invalidez y muerte y el derecho a percibir esos dineros solo se causa cuando ocurre alguno de los dos riesgos protegidos y no cuando el afiliado se traslada de régimen.

Por último, anotó que, la comisión por gastos de administración y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima son valores que se encuentran autorizados por la constitución y la ley, afirmó que la comisión por gastos de administración es un porcentaje que la Superintendencia Financiera autoriza que descuenten las AFP por administrar los dineros cotizados.

El asunto se conocerá igualmente en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 09 de febrero de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, la apoderada de la parte demandada COLPENSIONES que pueden ser consultados en el archivo 07 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 PROTECCIÓN 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 la devolución de los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales y el porcentaje de garantía de pensión mínima.

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 el señor JOSE WALDO CALAMBAS, se afilió al extinto ISS el 17 de septiembre de 1984, donde cotizó 0,29 semanas (E.A archivo 02).
- (ii) Que posteriormente se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN, fondo en el que se encuentra actualmente vinculado y tiene cotizado un total de 1261.29 semanas, según consta en la historia laboral visible a folio 78 a 83 del archivo 01;

- (iii) Que, en julio de 2017, elevó solicitud a la AFP PROTECCIÓN solicitando autorización para trasladarse de régimen (fl.14 del archivo 01)
- (iv) Que el 02 de febrero de 2019, radicó petición ante Colpensiones solicitando traslado de régimen (fl 18), solicitud que fue denegada por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse (fl. 19 archivo 01).

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 obligatorio, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), 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* contenida en el 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 para 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 sus inicios las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiese traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a

la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo 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.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de las administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente y el formulario de afiliación suscrito por el actor, 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.

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 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.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca la 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 con 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 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 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 bono pensional, en caso que se hubiere recibido, 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 PROTECCIÓN 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.

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).

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para la actora.

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 declarativo, 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.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN 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,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 018 del 19 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y COLPENSIONES, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

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
06-05



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO POR LA CONSULTA

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: 4fc97cec23d9c08e639c31ff9b9ac7f952cee3af8e22554c2e4b78ddd4cb614a

Documento generado en 30/03/2022 02:06:20 PM

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