

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ALBA LUCÍA RÍOS MARTÍNEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-003-2021-00078-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia afiliación al RAIS
DECISIÓN	ADICIONA y CONFIRMA

SENTENCIA No. 066

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 DECISIÓN 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 S.A. y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, respecto de la sentencia No. 178 del 06 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada SANDRA MILENA PALACIOS MENA identificada con T.P. No. 302.333 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

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 3 a 14 del archivo 01 demanda, 2 a 4 del archivo 03 subsanación demanda, 2 a 31 del archivo 09 contestación Porvenir, 2 a 8 del archivo 10 contestación Colpensiones y 2 a 18 del archivo 12 contestación Protección.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 178 del 06 de julio de 2021 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR, y en consecuencia los demás traslados entre AFP.

A la par, condenó a PROTECCIÓN a retornar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración. Del mismo modo le ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones aceptar el traslado de la accionante junto con los valores ahorrados.

Finalmente, condenó en costas a PROTECCIÓN y PORVENIR por resultar vencida en juicio y fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, para cada una en favor del extremo activo de la Litis.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que, con las pruebas allegadas al plenario no se logra evidenciar que la AFP hubiere cumplido con el deber de información, en los términos que establece la Sala de Casación Laboral, toda vez que la única prueba aportada fue el formulario de afiliación suscrito por la demandante.

Paralelamente, manifestó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha puntualizado que la falta de información al momento del traslado genera un engaño, por lo que no puede considerarse que la decisión fue libre y voluntaria, destacando que al no aportarse pruebas que permitieran inferir que al momento del traslado a la accionante se le brindó la asesoría debida que comprende no solo los beneficios del régimen sino también la proyección de la mesada pensional en ambos regímenes, era procedente la declaratoria de nulidad.

Respecto de las excepciones formuladas por las pasivas indicó que las mismas no tenían vocación de prosperar, inclusive la de prescripción, en atención a que el alto tribunal de la justicia ordinaria expresó que los estados de derecho son imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación solicitando se revoque el numeral segundo, toda vez que los gastos de administración son un descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley, además de ello, de ese 3% una parte está destinada a cubrir las primas de los seguros provisionales y la otra es la comisión a la que tienen derecho los fondos de pensiones por la buena gestión que realizan como administradores de los dineros de la cuenta de ahorro individual del afiliado, y dichas sumas ya se encuentran causadas.

Igualmente, afirmó que su representada realizó una buena gestión como administradora de los recursos de la demandante, la cual se puede comprobar con las sumas que recibió a título de rendimientos financieros y por tanto no hay lugar a reintegrar este rubro especialmente si toma en cuenta que este cumplió con su finalidad.

A su turno la apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación pretendiendo se revoque la sentencia de primera instancia, fundamentó su petición explicando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, y que por esa razón ya no le es permitido trasladarse de régimen.

En igual sentido, resaltó que la declaratoria de ineficacia le vulnera el derecho a la libre elección del régimen, dado que en el proceso no se aportó prueba que demuestre que la demandante fue engañada al momento de firmar el formulario de afiliación.

El asunto igualmente se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS.

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, los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que PORVENIR y PROTECCIÓN cumplieron 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.

Así mismo, 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.

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 la accionante cotizó en el RPM administrado por Colpensiones 129,71 semanas, entre el 22 de 1993 a noviembre de 1995 (fl 285 a 289 del archivo 10).
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN el 28 de diciembre de 1995 (fl 48 archivo 01 y 19 archivo 02),
- (iii) Que posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. el 08 de septiembre de 1999 fl 80, AFP en la que cotizó 417 semanas fl 91 a 98 del archivo 09.
- (iv) Que el 17 de septiembre de 2007, regresó a la AFP PROTECCIÓN (fl 34 y 35 del archivo 01), fondo en el que se encuentra actualmente vinculada y tiene cotizadas 1417,57 semanas fl 27 a 43 archivo 12.
- (v) Que elevó solicitud de afiliación ante COLPENSIONES (fls 53 a 63 archivo 01 y 22 a 32 archivo 10), la cual fue resuelta mediante carta del 29 de enero de 2021, rechazando la afiliación por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión (fl 64 a 66 del archivo 01 y 45 a 47 del archivo 10)

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 y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

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.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta 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, específicamente, en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (fl. 48 archivo 01 y 19 archivo 12 ED), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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 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 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, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR y PROTECCIÓN el cumplimiento de sus obligaciones legales para con su afiliado, la afiliación del

demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes 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 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 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.

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.

En lo relativo a los rendimientos habría que indicar que estos 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, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

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 esos recursos 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, y donde también han debido generarse, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y/o la actora.

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 índole declarativa, que corresponden a 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 adiciona la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a PORVENIR que retorne a COLPENSIONES los dineros recibidos por cuotas de administración por el tiempo que administró las cotizaciones del demandante. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

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. 178 del 06 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Tercero 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 el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., 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

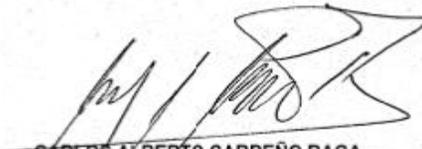
Los Magistrados,

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
acceso judicial



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
06



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO POR 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: **4c5b2b046a6f214a6c1d1908c9c72902eef5103cbba0f3541f1e2dfab83bb892**

Documento generado en 30/03/2022 02:06:35 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>