

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	JOSÉ ANDRÉS OCHOA VIVAS
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO TRECE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-013-2019-00407-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia afiliación al RAIS
DECISIÓN	ADICIONA y CONFIRMA

SENTENCIA No. 070

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 COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, respecto de la sentencia No. 180 del 17 de junio 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 4 a 17 demanda, 183 a 196 contestación Colpensiones, 212 a 227 contestación Protección y 268 a 287 contestación Porvenir del archivo 01 ED.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 180 del 17 de junio de 2021 el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia declaró ineficaz la afiliación realizada por el señor Ochoa Vivas al RAIS en el año 2000 y las posteriores afiliaciones.

A la par, condenó a PORVENIR S.A a reintegrar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante, así como sus rendimientos.

En igual sentido, le ordenó a Colpensiones recibir de PORVENIR los dineros de la cuenta de ahorro individual y reportar las semanas en la historia laboral sin solución de continuidad, Y finalmente condenó en costas al extremo pasivo de la litis por resultar vencido en juicio, fijando como agencias en derecho el equivalente a DOS (2) SMMLV.

Como argumento de la decisión precisó el *A quo* que, con el material probatorio arrimado al proceso no se podía establecer que las AFP demandadas, al momento del traslado le hubieran brindado al accionante la asesoría debida, que le explicaran las ventajas y desventajas del régimen.

Así mismo, indicó que como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que les corresponde a los fondos de pensiones, aportar las pruebas tendientes a demostrar que cumplieron con el deber de información y en el trámite no se acreditó, era procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada por el demandante.

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

Inconforme con la decisión la apoderada de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, argumentando que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y pone en riesgo el futuro pensional de los demás afiliados, toda vez que no se ajusta a derecho que su prohijada tenga que entrar a reconocer futuros derechos prestacionales en favor de actor cuando nunca administró los dineros ahorrados por éste.

Igualmente, explicó que no es posible que el accionante realice movilidad entre régimen, ya que la Corte Suprema ha manifestado que las únicas personas que pueden realizar cambio de régimen en cualquier tiempo son los beneficiarios del régimen de transición, para los demás afiliados su traslado solo es procedente antes de que les falte 10 o menos años de edad para adquirir pensión de vejez.

Por último, indicó que en caso de mantenerse la declaratoria de ineficacia de la afiliación se le debía ordenar a las AFP demandadas devolver los valores recibidos por concepto de gastos de administración, dado que el órgano de cierre de la justicia laboral ha indicado que cuando se declare la ineficacia de la afiliación a los fondos, se deberá retornar a Colpensiones estas sumas.

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

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 11 de marzo de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado en término los mismos los apoderados de la PARTE DEMANDANTE, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES los que pueden ser consultados en los archivos 11, 12 y 13 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 el demandante estuvo vinculado al ISS hoy Colpensiones entre el 12 de julio de 1989 hasta el 31 de enero de 1999, cotizando un total de 339 semanas (fl 64-69 archivo 01).
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por ING hoy PROTECCIÓN en julio del 2000 (fl 228 archivo 01);
- (iii) Que posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. (fl 43 archivo 01), fondo en el que se encuentra actualmente afiliado y tiene cotizadas 1133 semanas en toda su vida laboral (fl26-32 archivo 01)
- (iv) Que el 21 de mayo de 2019, a través de derecho de petición, le solicito a AFP Porvenir declarar la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS y en consecuencia su retorno al RPM (fls 18-24 del archivo 01), solicitud que fue despachada desfavorablemente el 30 de mayo de 2019, argumentando que por prohibición expresa de la ley ya no era dable el traslado de régimen en tanto que se encontraba inmersa en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003.
- (v) Que elevó solicitud de afiliación ante COLPENSIONES (fls 52 a 58 archivo 01), la cual fue resuelta mediante misiva del 04 de junio de 2019, rechazando la afiliación por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión y válidamente afiliado al régimen de ahorro individual (fls 61 a 63 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 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 espontanea.

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. ° 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 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. 228 del archivo 01 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 aspirante a afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado cómo 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 est 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 omisiva 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 PROTECCIÓN 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 carácter declarativo, 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 y PROTECCIÓN que retorne a COLPENSIONES los dineros recibidos por cuotas de administración por el tiempo que administró los dineros del demandante. Sin costas en esta instancia, toda vez que prosperaron de manera parcial los argumentos esbozados por la demandada.

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: ADICIONAR la sentencia No. 180 del 17 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PORVENIR Y PROTECCIÓN la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones del accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

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


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL 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: **b5baa61942299cf3af3d57a6ab0d9f80d0c814fc125b1a7efb1955792ef07b16**

Documento generado en 30/03/2022 02:06:47 PM

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

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