

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	WILLIAMS ORLANDO NARVAEZ ARCOS
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTROS
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-3105-017-2019- 00571-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN PROTECCIÓN; CONSULTA COLPENSIONES
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 170

Santiago de Cali, cuatro (04) de junio 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° 012 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, respecto de la sentencia No. 097 del 31 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Dicisiete Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 74 a 85 del expediente digital; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 97 a 102, en la intervención del MINISTERIO PÚBLICO a folios 105 a 110 y en la respuesta de PROTECCIÓN S.A. del folios 116 al 147 los cuales en gracia de la brevedad y el 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 097 del 31 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

A la par, declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor WILLIAMS ORLANDO NARVAEZ ARCO con PROTECCIÓN en el año 1996, ordenando el retorno al RPM.

Como consecuencia condenó a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración con cargo al patrimonio propio de PROTECCIÓN.

De igual manera dispuso que COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor NARVAEZ ARCOS e impuso condena en costas a PROTECCIÓN, en el equivalente a UN SMLMV.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que le corresponde a los fondos de pensiones suministrar información sobre el monto pensional en cada régimen y la demostración de ello demanda más que una simple presentación de documentos suscritos por el afiliado, debiendo acreditar que la asesoría suministrada al momento del traslado permitía que el afiliado pudiera discernir conociendo las condiciones de ambos sistemas, con lo cual podría realizar sus objetivos pensionales, lo que implica la comprensión a plenitud, esto es una comprensión objetiva de los regímenes.

De lo anterior concluyó que la decisión del accionante no fue libre y voluntaria ante la falta de información al momento del traslado inicial, lo que afectó la eficacia del negocio jurídico del traslado, pues de acuerdo con el marco legal analizado por el *a-quo*, el consentimiento informado es un elemento esencial de la libertad de afiliación y sin el cual la afiliación de régimen carece de validez, razón por la cual concluyó que se debía imponer la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES**. interpone recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia proferida en primera instancia por cuanto el demandante no reúne los requisitos para trasladarse, pues no es beneficiario del régimen de transición establecido en la ley 100 de 1993, además le faltan menos de diez años para acceder a la pensión de vejez cumpliendo el requisito legal de la edad que exige tal prestación, así mismo con las pruebas que obran dentro del expediente y que fueron tramitadas en la presente diligencia no se demuestra que el contrato de afiliación con la AFP que suscribió el demandante carezca de legalidad y de validez jurídica, por lo tanto, no puede declararse una ineficacia de afiliación al régimen de ahorro individual.

Señala que no se puede predicar la ilegalidad o ineficacia de un contrato legal en razón de las diferencias prestacionales de los dos regímenes pensionales pues estos fueron establecidos desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y considera que no puede ahora el demandante por una expectativa mayor en el régimen de prima media negar que expresó su voluntad de manera libre y espontanea al momento de firmar el contrato de afiliación con la administradora privada.

Indica que aceptar al demandante *ad portas* de recibir pensión de vejez, significa atentar contra la sostenibilidad financiera, elevada a rango constitucional por el Acto Legislativo 01 del 2005, pues COLPENSIONES no ha administrado en los últimos años las cotizaciones que el demandante ha realizado a seguridad social y tiene que entrar a pagar la mesada producto de la prestación vitalicia de vejez.

Por su parte la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** interpone recurso de apelación señalando que al demandante se le explicaron todos los detalles de su afiliación al RAIS, pues se le brindó una asesoría suficiente, clara y oportuna tomando el demandante la decisión libre de afiliarse con su representada, como pudo evidenciarse en la suscripción del formulario de afiliación.

Indicó que para la época en que el demandante se trasladó no se exigía legalmente a los fondos de pensiones suministrar por escrito cálculos o proyecciones pensionales.

Agregó en cuanto a la condena por gastos de administración con cargo al propio patrimonio de la AFP, que ese 3% destinado para ese fin y para pagar el seguro previsional se encuentra debidamente autorizado por la ley y que durante todo el tiempo que el demandante ha estado afiliado con **PROTECCIÓN**, éste ha administrado los dineros que el demandante ha depositado en su cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, lo cual se vio evidenciada en los rendimientos financieros generados, por lo que considera que los mismos no se deben devolver.

Finalizó solicitando la absolución de la condena en costas pues considera que **PROTECCIÓN** siempre actuó de buena fe y con sujeción a la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSION SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal, la parte **DEMANDADA COLPENSIONES** presentao alegatos, los cuales fueron considerados en esta instancia y pueden ser consultados en el expediente digital.

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 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, rendimientos de la cuenta de ahorro individual y a la condena en costas a cargo de PROTECCIÓN.

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 ha efectuado cotizaciones al Régimen de Prima Media desde el 15 de septiembre de 1980 al 31 de mayo de 1996 (fl. 48) cotizando 686,29 semanas; **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN el 01 de mayo de 1996 (fl. 6), entidad en la que ha cotizado 771 semanas (fls. 48 y 160) **(iii)** que elevó reclamación administrativa ante PROTECCIÓN el 29 de abril de 2019 (fls. 35 a 39) y ante COLPENSIONES dentro de la misma fecha (fl. 41 a 45).

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 (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 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.

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 cual 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 este 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 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 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.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la afiliación del demandante al RAIS

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

es 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 exclusión de todo efecto jurídico en el acto de traslado, de la ineficacia es restituir las cosas a su estado anterior, 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, incluyendo para tal efecto los rendimientos y 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 PROTECCIÓN 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.

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).

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 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 investida 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.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de PROTECCIÓN, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues en el devenir de la litis no salieron adelante 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de 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.

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. 097 del 31 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

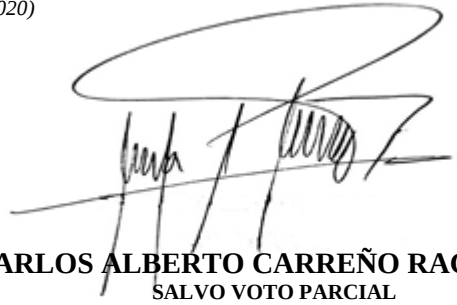
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (01) SMLMV.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Vale


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL