

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	BENEDICTO FLORIAN CASTRO
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-005-2018-00581-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 195

Santiago de Cali, treinta (30) de julio 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° 014 de 2021, 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, en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 222 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 39 a 46 del expediente, en la contestación de COLPENSIONES visible a folios 54 a 63, y en la contestación de PROTECCIÓN militante a folios 73 a 110, 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. 222 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del RAIS administrado por la AFP ING hoy PROTECCIÓN SA.

Ordenó a PROTECCIÓN S.A. el traslado al RPM administrado por COLPENSIONES de la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación del demandante al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos causados, así como ordenó retornar de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez del actor, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración.

Como consecuencia, ordenó que el accionante fuera admitido de nuevo en COLPENSIONES con la totalidad de dineros provenientes del RAIS y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A., fijando como agencias en derecho el equivalente a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

Como argumento de la decisión señaló la A quo que, en el caso bajo estudio con base en las pruebas obrantes en el proceso, no se probó que el demandante hubiera recibido información clara, suficiente y calificada, con todos los parámetros que establece la jurisprudencia, con la finalidad de que se ilustran todas y cada una de las consecuencias que conllevaría el cambio del RPM al RAIS e igualmente la garantía de la doble asesoría.

Explicó que conforme a la Ley 1328 de 2009, Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015 (en concordancia con circulares externas Superfinanciera 024/2014 y 016/2016) dicha asesoría para traslado se debe brindar al consumidor por parte de ambos fondos y debe contemplar como mínimo: 1) probabilidad de pensionarse en cada régimen, 2) proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, 3) proyección del valor de la pensión en cada régimen 4) Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen y 5) Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez. Que en general el afiliado debe conocer los riesgos, así como beneficios, bondades y consecuencia del traslado, es decir, que la entidad debe brindar toda la información para que el afiliado tome la decisión que mejor se ajuste a él.

De igual forma, trajo a colación la sentencia radicado 31989 del 09 de septiembre de 2008 y otras que la reiteran, que señala que la información brindada debe contemplar todas las etapas del proceso, ser clara y comprensible al usuario, proporcionada en relación a las consecuencias para el afiliado, que la información sea veraz y suficiente; y ser activa y suficientemente ilustrativa, y que la omisión en dicho deber de información conlleva a la ineficacia del traslado al RAIS y que a quien le correspondía probar que cumplió con dicha asesoría era a la AFP. Que de igual manera, el retorno al RPM debe implicar una devolución de valores conforme al artículo 963 del Código Civil.

Que adicionalmente, la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en indicar que la carga probatoria corresponde a la AFP con el fin de demostrar que efectivamente se brindó la asesoría y brindó la información bajo los parámetros anteriormente establecidos para que el afiliado tuviese la oportunidad de comprar los regímenes y de esta manera tomar la mejor decisión

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN S.A.**, solicitó se revoque el numeral segundo de la sentencia apelada, pues indica que de cada aporte del 16% del IBC que realizó el demandante al sistema general de pensiones, su representada descontó un 3% para cubrir gastos de administración y pagar el seguro previsional a la compañía; descuento que se encuentra autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003 siendo exigible tanto para el RAIS como para el RPM.

Manifestó que no es procedente la devolución de lo que PROTECCIÓN descontó por comisión de administración, pues se trata de un rubro ya causado durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del accionante como contraprestación de una buena gestión de administración.

Explicó que si la consecuencia de la declaración de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y por tal razón, su representada nunca debió administrar los

recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que se produjeron en la misma nunca se causaron y tampoco debió cobrarse la comisión de administración.

Trajo a colación el artículo 1746 e indicó que el bien administrado produjo frutos y mejoras, siendo los rendimientos el fruto y mejora del afiliado, y la comisión de administración el fruto y mejora de la AFP, la cual debe conservar si hizo rentar el patrimonio del afiliado.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES**, como sustento de su recurso de apelación trajo a colación la sentencia constitucional 1024 del 2004 en la que se consideró que el afiliado no podría realizar el traslado de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para la pensión de vejez y solicitó tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, pues no se demuestra el vicio del consentimiento o asalto de la buena fe al momento de la afiliación del demandante, pues este traslado de régimen fue un acto libre y voluntario.

En los aspectos no abordados en los recursos se estudiará el proceso en virtud del GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 7 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandante y demandados, los que pueden ser consultados en los archivos 06 a 08 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 PROTECCIÓN S.A. 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 y rendimientos.

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 demandante estuvo afiliado a COLPENSIONES entre el 08 de noviembre de 1982 y el 5 de julio de 1988 cotizando un total de 284,14 semanas (fls. 12 y 13); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado pensiones y cesantías SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 15 de noviembre del 2000 (fls. 10, 111 y 135) con fecha de efectividad 1 de enero de 2001 (fl. 164), donde actualmente se encuentra afiliado y donde ha cotizado 923,57 semanas; y **(iii)** que elevó la solicitud de traslado ante COLPENSIONES, y que la misma no fue aceptada mediante misiva del 19 de septiembre de 2018 por encontrarse a 10 años o menos para pensionarse. (fl. 16 y 18)

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 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 en el formulario de afiliación obrante en el expediente (fls. 10, 111 y 135), así como del restante material probatorio en ningún momento la demandada PROTECCIÓN S.A. aportó prueba que permitiese inferir que se le había explicado a el afiliado las consecuencias que trajo consigo el traslado a ese fondo, las diferencias existentes entre los regímenes de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 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 para el afiliado.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN S.A. 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 del traslado, no existen razones jurídicas para que la administradora PROTECCIÓN S.A. no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación del actor, pues no retornarlos, constituiría un enriquecimiento sin causa para la entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, pues al tener que recibir al demandante nuevamente en el régimen de prima media, es este fondo administrador el que tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones, incluyendo los rendimientos y gastos de administración.

Al respecto, ha sostenido la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, dado que la ineficacia de la afiliación tuvo su origen en la conducta inapropiada de la administradora, le corresponde a ésta 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 sus propios patrimonios, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (*Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989, SL 1421-2019 y SL1689- 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 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, integrados allí en el fondo común de naturaleza publica 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.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se habrá de despachar 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 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

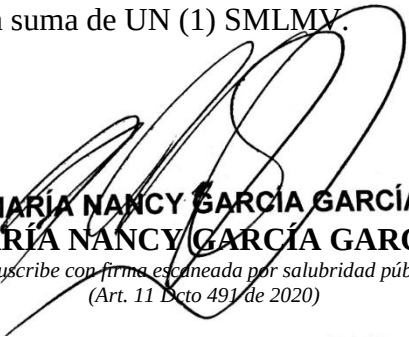
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 222 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

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

Los Magistrados,


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


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA