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	**OCTAVIO CIFUENTES GUEVARA**
DEMANDADOS	**COLPENSIONES Y OTROS**
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001-31-05-005-2019-00414-01**
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	**Ineficacia de Traslado de Régimen.**
DECISIÓN	**CONFIRMA Y ADICIONA**

SENTENCIA No. 202

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 COLPENSIONES y PORVENIR y el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de COLPENSIONES en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 279 del 15 de diciembre 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 229 a 261 del expediente, en la contestación de PROTECCIÓN visible a folios 288 a 305 del expediente digital parte 1, en la contestación de PORVENIR obrante en los folios 337 a 352 del expediente digital parte 1 y en los folios 7 a 19 del expediente digital parte 2, 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. 279 del 15 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, se declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, administrado inicialmente por la APF PROTECCION S.A. posteriormente HORIZONTE S.A. hoy AFP PORVENIR S.A.

En consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación del demandante al RAIS, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital

destinado a la financiación de las pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración.

Ordenó a COLPENSIONES EICE que acepte el traslado del demandante al RPM y condenó en costas a PORVENIR y PROTECCIÓN, fijando como agencias en derecho la suma de UN (1) SLMLMV.

Como argumento de la decisión señaló la A quo que, en el caso bajo estudio no se probó que el demandante hubiera recibido información clara, suficiente y calificada, con el fin de ilustrarle adecuadamente sobre todas las consecuencias que le acarrearía el cambio del RPM al RAIS, ni mucho menos que se le hubiera garantizado la doble asesoría, generándose con ello su desinformación.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación al considerar que el demandante dentro de este proceso no se encuentra cumpliendo con el requisito necesario y estipulado por el artículo 2 de la ley 797 del 2003 que fue modificado por el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, según el cual el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, de ahí que concluya que no es factible acceder a las peticiones del demandante y por lo anterior, solita se revise la sentencia proferida por el a-quo y en consecuencia se revoque la misma.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.**, argumentó que su representada sí cumplió con el deber de información como estaba consagrado en los años en que el actor suscribió el formulario de afiliación, de manera que PORVENIR informó sobre las condiciones, beneficios, características y limitaciones, todo lo cual le permitió vincularse al RAIS de forma libre y voluntaria, por tanto, no es dable exigirle a la AFP cumplir con el deber de información en los términos que está regulado hoy en día.

Refirió que no se tuvo en cuenta que el deber de información es de doble vía, por tanto, el afiliado también tiene la obligación de concurrir suficientemente informado al acto de afiliación y agrega que los traslados entre AFP sí son manifestaciones de voluntad y expresiones de querer estar afiliado al RAIS.

Se opone a la condena de devolver rendimientos pues considera que si la consecuencia de declarar la ineficacia del acto de afiliación, es entender que el mismo nunca nació a la vida jurídica, entonces el actor nunca tuvo sus aportes en el RAIS, no fueron administrados por PORVENIR y nunca se generaron los rendimientos que ahora se ordenan devolver.

Igualmente se opuso a la condena con respecto a la devolución a los gastos de administración pues considera que la afiliación realizada por el actor es completamente válida, además, la condena no es acorde con los artículos 1746 y 1747 del Código Civil que contempla los efectos de la declaración de nulidad y habla sobre las restituciones mutuas, por lo que afirma que no puede ordenarse devolver los aportes y al mismo tiempo las sumas que se invirtieron para mantener el dinero e incrementarlo, que en este caso serían los gastos de administración, respecto de los cuales señala que tienen una destinación específica consagrada en el artículo 20 de la ley 100 de 1993.

Finalmente estableció que PORVENIR no incurrió en ningún tipo de falta de derecho, por tanto, no tendría que verse obligada a afectar su propio patrimonio al devolver los gastos de administración, los rendimientos o los aportes que se encontraban en la cuenta de ahorro individual del demandante, pues en ningún momento obró de mala fe o en desconocimiento de la normatividad vigente.

Solicita que se revoque la condena impuesta y declare probadas las excepciones de mérito propuestas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos Porvenir, los que pueden ser consultados en el archivo 05 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 las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. 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.

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 27 de mayo de 1980 y el 31 de diciembre de 1994 cotizando un total de 43,57 semanas (fl. 21); (ii) que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A. realizando cotizaciones entre abril de 1995 y diciembre de 1999 por un total de 170 semanas (fls. 43 y 44); (iii) que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el 01 de agosto del 2001, entidad donde ha cotizado un total de 866 semanas (fl. 46); y (iv) que elevó la solicitud de traslado ante COLPENSIONES el 15 de mayo de 2019 (fl. 55) recibiendo respuesta negativa mediante misiva del 16 de mayo de 2019 (fl. 56), ante PORVENIR S.A. el 8 de mayo de 2019 (fl. 58), así como a PROTECCIÓN el 14 de mayo de 2019 (fl. 59).

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.° 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.

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 obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos 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.

Si bien a folio 47 y 48 obra simulación pensional efectuada por PORVENIR, en la que se le explica al accionante a cuánto ascendería su pensión en el régimen de ahorro individual y se hacen cálculos comparativos frente a la mesada que obtendría en el régimen de prima media, siendo esta última considerablemente superior, dicha información se suministró al demandante cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse pues para ese momento contaba con 60 años de edad.

Conviene advertir, que los comunicados y fragmentos de prensa con anuncios relativos al régimen de Ahorro Individual que se allegaron a la foliatura no denotan el cumplimiento por parte de la Administradora de su deber de información frente al afiliado, en tanto ninguna referencia concreta al asunto del accionante se hace en los mismos, para tener por cumplido el deber de asesoría que les asistía a las demandadas.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las administradoras, 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 ni PORVENIR el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la afiliación del demandante al RAIS 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 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 y gastos de administración, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

Conforme a lo expuesto, al declararse la ineficacia del traslado, no existen razones jurídicas para que las administradoras PORVENIR Y PROTECCIÓN no trasladen 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 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 y PORVENIR 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.

Por lo expuesto, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se adiciona la sentencia de primera instancia en el entendido que debe ordenarse a PROTECCIÓN la devolución de los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes del 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 producirse allí también, integrados en las inversiones del 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 adiciona la sentencia en los términos antelados y se confirma en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho el equivalente a 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: ADICIONAR la sentencia No. 279 del 15 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN la devolución de los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administró los aportes del accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR. Se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,

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

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
Salva voto parcial por la consulta

05