

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	NUVER CANO ARANZAZU
DEMANDADOS	PROTECCION, PORVENIR Y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO TRECE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-013-2018-00455-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 204

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 y COLPENSIONES y consulta a favor de esta última, respecto de la sentencia No. 223 del 27 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 02 a 09 del expediente digital; en la contestación de COLPENSIONES a folios 60 a 68, en la contestación de PROTECCIÓN S.A a folios 90 a 112 y en la respuesta de PORVENIR S.A. a folio 174 a 191, 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. 223 del 27 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas todas las excepciones propuestas por los demandados y a la par, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante al RAIS, desde el 1° de mayo de 1994 cuando se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. al igual que desde el 1° de noviembre de 2008 cuando se trasladó a PROTECCIÓN.

En consecuencia, condenó a PROTECCIÓN a transferir todos los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con los bonos pensionales, cotizaciones, títulos pensionales y rendimientos, con todos sus frutos.

Por último, ordenó a COLPENSIONES recibir sin dilación alguna los recursos de la cuenta de ahorro individual que le transfiera PROTECCIÓN y contabilizarlos en favor del demandante a título de semanas cotizadas sin solución de continuidad y condenó en costas a la AFP demandada, fijando como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV.

Como argumento de su decisión señaló el a-quo que en el expediente no quedó probado que al actor se le dieran las explicaciones suficientes sobre las consecuencias que traía su traslado de régimen pensional, si al momento de trasladarse de PROTECCIÓN a PORVENIR se aprovechó esa afiliación para brindarle una asesoría por escrito que le permitiera al actor definir si continuaba en el RAIS o procurar su regreso al RPM, antes de encontrarse dentro de la prohibición legal para cambiarse de régimen pensional, por lo que concluyó la viabilidad de declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación indicando que la declaración de ineficacia del traslado de un afiliado del RAIS al régimen de prima media afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados, para lo cual trae a colación lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencias 1024 del 2004 y SU 062 del 2010.

Refirió que el órgano de cierre mediante sentencia SU 130 de 2013 dispuso que únicamente aquellos afiliados con 15 años o más de servicios cotizados al 01 de abril de 1994, podían trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional, agregando que el principio de sostenibilidad representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida y nadie puede resultar subsidiado a costa de los ahorros que de manera obligatoria ha realizado otros afiliados, con lo cual se generaría una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional.

Advierte que el demandante está a menos de diez años de cumplir el requisito de edad mínima para gozar de la pensión de vejez, por lo que contraría el artículo 2 de la ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen, por lo que solicita se revoque la sentencia proferida.

En caso de no prosperar el recurso, solicita se ordene la devolución de las comisiones de administración y el dinero destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Por su parte el apoderado de **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación señalado que la afiliación del actor fue válida, reflexiva, voluntaria y espontánea pues la administradora capacita a los asesores comerciales con el fin de que brinden la información de forma veraz, completa, profesional y objetiva, además de indicar que el actor se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, por lo que en su caso hay una prohibición legal expresa de trasladarse de régimen pensinal.

Indicó que el actor no hizo uso del derecho de retracto y que el fin de la creación del régimen de ahorro individual era descongestinar el régimen público y con todas las decisiones sobre ineficacia del traslado, se está desconociendo ese objetivo.

Resaltó que no se puede aplicar la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la indivisibilidad de la norma, puesto que ésta es clara en contemplar que la acción transitoria prescribe a los cuatro años y por lo tanto, debería declararse el fenómeno extintivo.

Manifestó también que no debió condenarse en costas a PROTECCIÓN pues la entidad siempre ha actuado legalmente, conforme al principio de buena fe y para la fecha del traslado del actor la asesoría fue verbal, como se permitía en la época.

Por último indicó que a su juicio y de acuerdo con lo expuesto por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los traslados horizontales y todas las actuaciones que se surten mientras se está afiliado al RAIS, forjan el convencimiento del actor y su voluntad de permanecer en dicho régimen pensional.

En los aspectos no abordados en los recursos se estudiará el proceso en grado jurisdiccional de consulta en 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 demandada, los que pueden ser consultados en los archivos 05 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 que INVERTIR hoy PORVENIR 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 los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

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 al Régimen de Prima Media desde el 15 de febrero de 1986 hasta el 30 de abril de 1994 cotizando un total de 395.71 semanas (fl. 13); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por INVERTIR hoy PORVENIR realizando cotizaciones entre junio de 1994 a octubre de 2008 por un total de 703.14 semanas (fls. 15 a 18); **(iii)** y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN el 12 de septiembre de 2008 (fl. 22) con efectividad el 1º de noviembre de 2008, donde ha cotizado un total de 501,43 semanas (fl. 12); **(iv)** que elevó solicitud de afiliación al sistema general de pensiones ante COLPENSIONES el 12 de octubre de 2018 (fl. 33 a 34) con respuesta negativa de la misma fecha (fl. 35 a 36).

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar 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 (RPM), 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 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 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 al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo 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 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 INVERTIR hoy PORVENIR el cumplimiento de sus 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 2° 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 a 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.

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 rendimientos y los 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 omisiones endilgadas a las administradoras, éstas deben 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 PORVENIR y PROTECCIÓN a cargo de sus patrimonios, 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.

En consecuencia, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP

PORVENIR y PROTECCIÓN, devolver también los gastos de administración percibidos durante los periodos que administraron las cotizaciones del demandante.

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, en las inversiones del 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.

Es oportuno señalar, que el hecho de que el demandante no hubiere ejercido su derecho de retracto indicado en el artículo 3º del decreto 1161 de 1994, o que no hubiera manifestado su deseo de retornar al ISS de conformidad con lo establecido en el Decreto 3800 de 2003 durante la vigencia de su afiliación al RAIS no convalida el vicio en el consentimiento en que fue inducido el actor, pues no debe pasarse por alto que éste confió en que la asesoría dada por el representante comercial de la Administradora del régimen de ahorro individual era la que más le convenía, de ahí que lo que se eche de menos es la falta de información clara con la cual el accionante pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

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 no salieron avante 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 adiciona la sentencia recurrida en los términos antelados y se confirma en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (01) SMMLV.

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. 223 del 27 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PORVENIR y PROTECCIÓN, se proceda igualmente con la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración percibidos durante los periodos que administraron las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

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

Los Magistrados,



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

Firma digitalizada para
actuación judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



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