

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	JORGE ECHEVERRI BETANCUR
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2019-00513-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 230

Santiago de Cali, treinta (30) de agosto 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° 017 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN y consulta a favor de COLPENSIONES en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 170 del 01 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 03 a 13 del expediente digital; en la contestación de PROTECCIÓN S.A. visible a folios 83 a 104 y de COLPENSIONES militante a folios 129 a 138, 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. 170 del 01 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados.

A su vez, declaró la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó el demandante del RPM al RAIS administrado por PROTECCIÓN el 01 de enero de 2004.

Como consecuencia, condenó a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración debidamente indexados todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del código civil.

Por último, condenó a COLPENSIONES a vincular válidamente al demandante en el RPM y condenó en costas a PROTECCIÓN, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Como fundamento de la decisión indicó el *a-quo* de acuerdo a lo estipulado en la Sentencia 31989 de 2008, reiterada en sentencia STL 3202 de 2020, entre otras, la carga probatoria le corresponde a PROTECCIÓN debiendo demostrar que le brindaron la información necesaria y

suficiente al demandante en el momento de la afiliación, y advierte que no se acreditó que para ese momento al actor se le hubiera brindado la información necesaria y suficiente que demandaba trasladarse del RPM al RAIS. Agregó que brillaba por su ausencia tal prueba, por lo tanto, la consecuencia es la declaratoria de nulidad e ineficacia de ese traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación indicando que la administradora brindó la asesoría necesaria al demandante, ilustrándole suficientemente a éste sobre las bondades y limitaciones de cada régimen, tomando de esta forma el actor, la decisión de vincularse válidamente, de manera libre, voluntaria y sin presiones a **PROTECCIÓN**, situación que se evidencia con la solicitud de afiliación a la AFP privada, aceptando condiciones propias del régimen.

Expuso que de conformidad con la normatividad vigente a la época de dicha afiliación, no se exigía para ninguna AFP suministrar por escrito algún tipo de cálculo financiero o proyección pensional.

Respecto a los gastos de administración, manifestó que por medio de éstos la AFP administra los aportes que ingresan en la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, y que, de cada aporte del 16%, la AFP descontó el 3% para cubrir dichos gastos y pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encontraba válidamente autorizado por la ley.

Indicó que durante todo el tiempo en que el accionante ha estado afiliado con su representada, ésta ha administrado los dineros con la mayor diligencia y cuidado, pues es una entidad experta en la inversión de los recursos de propiedad de los afiliados y que dicha administración se logra ver evidenciada en los buenos rendimientos financieros generados en la cuenta del señor ECHEVERRI BETANCUR.

Finalmente, expresó que no es procedente ordenar la devolución de lo que su representada descontó por comisiones, pues estas ya se encuentran causadas y explicó en cuanto a la condena en costas que **PROTECCIÓN** siempre ha actuado con apego a la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, no obstante, las partes en la oportunidad legal no hicieron ningún pronunciamiento al respecto.

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 y condenar en costas de primera instancia a **PROTECCIÓN**.

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 afiliado a **COLPENSIONES** desde el 6 de mayo de 1987 hasta el 30 de agosto de 1992, cotizando un total de 257 semanas (fl. 17); **(ii)** que suscribió solicitud de vinculación ante **PROTECCIÓN** el 24 de noviembre de 2003 (fls. 15 y 105) con fecha de efectividad 01 de enero de 2004 (fl. 113) entidad en la que ha cotizado 780 semanas; **(iii)** que elevó solicitud de traslado al RPM ante **PROTECCIÓN S.A** el 5 de junio de 2019 (fl.40), misma que fue resuelta mediante misiva del 27 de junio de 2019 (fl. 38 y 39) de manera negativa y ante **COLPENSIONES** el 3 de julio de 2019 (fl. 41), recibiendo respuesta negativa mediante misiva de la misma fecha (fl. 42).

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 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 se trataba 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 toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el 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.

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 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 de la 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 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 la AFP 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.

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 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.

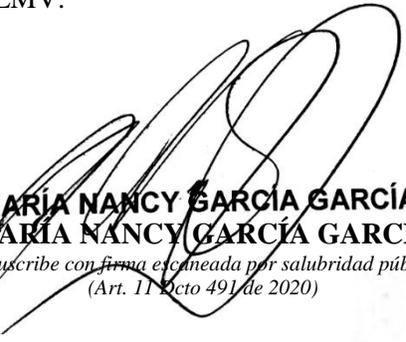
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 170 del 01 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

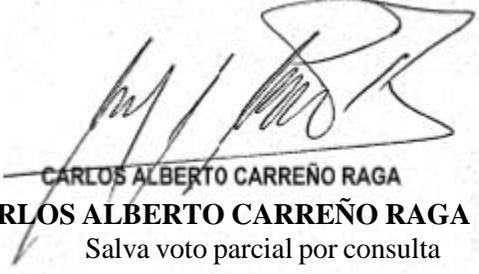
SEGUNDO: COSTAS a cargo de PROTECCIÓN, se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
Call-V
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA


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