

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	LUIS ALBERTO MORALES PILLIMUE
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-3105-017-2019-00664-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia afiliación al RAIS
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 259

Santiago de Cali, seis (06) septiembre 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° 019 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, respecto de la sentencia No. 190 del 02 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada MARIA ALEJANDRA MARTINEZ JARAMILLO identificada con T.P. No. 263.972 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

En virtud del principio de la 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 los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en los folios 21 a 36 demanda y 41 a 56 subsanación del archivo 01.ExpedienteDigitalizado; en el archivo 03. 01-07-2020ContestaciónColpensiones.pdf la contestación de COLPENSIONES y en el archivo 11. 26-10-2020 ContestaciónDdaProtección.pdf la contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 190 del 02 de diciembre del 2020, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones formuladas y en su lugar se declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, efectuado por el señor LUIS ALBERTO MORALES PILLIMUE con PROTECCIÓN S.A en el año 1995.

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. A la par, ordenó a COLPENSIONES reciba la afiliación al RPM del señor LUIS ALBERTO MORALES PILLIMUE e impuso condena en costas a PROTECCIÓN, en el equivalente a UN SMLMV.

Como argumento de la decisión señaló el A quo que PROTECCIÓN incumplió con el deber de información al accionante, pues no puede advertirse con la simple suscripción del formato de

afiliación que brindó la información necesaria al señor LUIS ALBERTO MORALES PILLIMUE, advirtiéndole que ello requiere un despliegue probatorio que permita observar el conocimiento pleno que obtuvo el demandante para tomar una decisión libre y voluntaria frente a su afiliación al RAIS, carga que insiste le correspondía a PROTECCIÓN S.A.

Expone que si bien a folios 16 y 17 reposa una simulación pensional elaborada por PROTECCIÓN S.A. la misma no emerge como suficiente para tenerla como validación a efectos de confutar el vicio que se presentó en la afiliación del actor.

Frente a la prescripción indicó que, por tratarse la pretensión de marras de las que la doctrina denomina declarativa pura no es prescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia recurrida, pues considera que no quedó probado que su representado haya tenido injerencia alguna en el traslado que efectuó el demandante al RAIS, toda vez que dicha situación fue un acto libre, voluntario, sin presiones y sin vicio alguno que nulitara la afiliación.

Expresa que no es admisible que el demandante pretenda retornar al RPM, pues ya no se encuentra dentro del término para realizar el traslado, ocasionando entonces con su retorno, un detrimento a COLPENSIONES, afectando la estabilidad financiera del sistema.

Indicó que se debe tener en cuenta que para el momento del traslado del accionante al RPM, no existía normatividad vigente que obligara a la AFP a brindar doble asesoría.

La apoderada de **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación solicitando se revoque el numeral tercero de la sentencia proferida por el *a quo*, arguyendo que su representada suministró información precisa y ajustada a las normas que regulan el RAIS al demandante, enterándolo sobre las características y particularidades de éste para que pudiera escoger la opción que más se adaptara a su interés mediante un negocio jurídico válido y eficaz.

Indicó que el cobro de asesoría por la contratación y la comisión por manejo de aportes obligatorios se encuentra consagrado por el literal B) del artículo 60 de la ley 100 de 1990 y válidamente permitido en todas las AFP, en concordancia con el artículo 104 y numeral 3 del artículo 226 de la ley 100 de 1993.

Explicó el dinero que el afiliado depositó en su cuenta de ahorro individual fue debidamente administrado con la mayor diligencia y cuidado por su representada, pues PROTECCIÓN es una entidad financiera experta en inversión de recursos de propiedad de afiliados, y que como resultado de esto se logran evidenciar los rendimientos financieros en la cuenta de ahorro individual del señor MORALES PILLIMUE.

Arguye que en caso de que se confirme la sentencia, únicamente será procedente la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual del accionante con sus rendimientos, toda vez que la comisión de administración ya se encuentra causada y es el cobro por una buena gestión de administración.

Trajo a colación los artículos 1746 y 1747 del Código civil e indicó que si la consecuencia de la ineficacia o nulidad de afiliación es que todo vuelva a su estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato nunca existió y por ende, PROTECCIÓN no debió haber administrado los recursos del accionante, los rendimientos tampoco se debieron haber causado y tampoco se debió haber cobrado una comisión de administración.

Finalizó manifestando que al ordenarse a su representada a devolver a COLPENSIONES los rendimientos y las comisiones por administración que ya fueron descontadas, se estaría constituyendo en enriquecimiento sin causa a favor del demandante y un detrimento en el patrimonio de COLPENSIONES, vulnerando el derecho a la igualdad.

El asunto igualmente se estudiara en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandante y Colpensiones, los que pueden ser consultados en los archivos 07 y 08 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico por 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 rendimientos de la cuenta de ahorro individual.

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 señor LUIS ALBERTO MORALES PILLIMUE efectuó cotizaciones a COLPENSIONES entre el 18 de abril de 1983 y el 28 de febrero de 1995 con un total de 335.57 semanas cotizadas (05.ExpedienteActivoColp.pdf)

(ii) que el demandante realizó solicitud de vinculación ante PROTECCIÓN el 20 de febrero de 1995 con fecha de efectividad 01 de marzo de 1995 (fl. 10 – archivo 05.ExpedienteActivoColp.pdf, archivo 12.26-10-2020AnexosContastDdaProtección.pdf) donde actualmente se encuentra afiliado.

(iii) Elevó solicitud de afiliación ante COLPENSIONES el 8 de julio del 2019 (fl. 12 y archivo 05.ExpedienteActivoColp.pdf), obteniendo respuesta negativa mediante misiva de la misma fecha con radicado 2019_9050905-19910147 (fl. 14 y archivo 05.ExpedienteActivoColp.pdf) bajo el argumento de que se encuentra a diez años o menos del requisito de tiempo para pensionarse.

(iv) Que elevó solicitud de traslado de fondo ante PROTECCIÓN (fl. 18) y fue contestada el 29 de julio del 2019 con radicado CAS-4674642-M4N0Y2 (fl.3)

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 y la posibilidad del afiliado de realizar nuevamente esta de forma libre y espontánea.

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.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta 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, específicamente, en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN (fl. 10 – archivo 05. ExpedienteAdtivoColp.pdf, archivo 12.26-10-2020AnexosContastDdaProtección.pdf), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RMPMPD, 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 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 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 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 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, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

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 inapropiada 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 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 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, integrándose allí al 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.

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido esos recursos en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, y donde también han debido generarse, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y/o la actora.

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 revestida 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE.

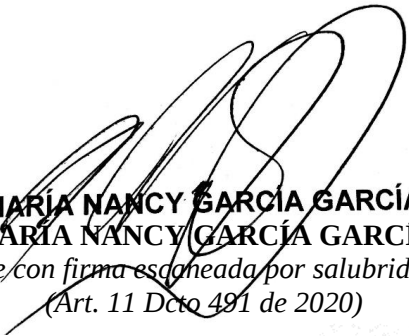
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 190 del 02 de diciembre del 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

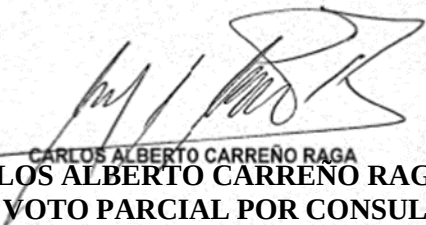
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (01) SMLMV.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
uso judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
JB-05


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