

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JAIRO SANCHEZ AYALA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y COLFONDOS
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76-001-3105-017-2019-00883-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia afiliación al RAIS
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 283

Santiago de Cali, veinticuatro (24) 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° 020 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en los aspectos no señalados en el recurso, respecto de la sentencia No. 145 del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 41 a 47 del expediente; en la contestación de COLPENSIONES, militante en el Archivo 01.ExpedienteDigitalizado.pdf; y en la contestación de COLFONDOS, visible en el archivo 01.ExpedienteDigitalizado.pdf de la carpeta del expediente digitalizado, 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. 145 del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones formuladas y en su lugar se declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, efectuado por el señor JAIRO SÁNCHEZ AYALA en el año 1994, retornando al RPM.

Como consecuencia, condenó a COLFONDOS 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 COLFONDOS. A la par, dispuso que COLPENSIONES reciba la afiliación al RPM del señor JAIRO SÁNCHEZ AYALA e impuso condena en costas a COLFONDOS, en el equivalente a UN SMLMV.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que COLFONDOS 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, razonable y adecuada al señor SANCHEZ AYALA, advirtiendo que ello requiere un despliegue probatorio más amplio que permita observar el

conocimiento pleno que obtuvo el demandante para tomar una decisión libre y voluntaria frente a su afiliación al RAIS con el correspondiente consentimiento informado, carga que insiste le correspondía a COLFONDOS S.A.

Frente a la prescripción indicó que, por tratarse la pretensión de marras de las que la doctrina denomina declarativa pura no es prescriptible, más aún cuando lo pretendido gira en torno a derechos pensionales los cuales gozan de la garantía de imprescriptibilidad ya que tienen rango constitucional.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES**, interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la AFP de las pretensiones de la demanda, arguyendo que el demandante no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo, toda vez que no es beneficiario del régimen de transición y le faltan menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez.

Que, de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, no quedó demostrado que el contrato de afiliación con su representada haya sido viciado de nulidad o carezca de legalidad o validez jurídica, resultando improcedente la declaratoria de la ineficacia de afiliación al RAIS.

Argumenta que no se puede declarar la ilegalidad o ineficacia de un contrato legal, en razón de las diferencias prestacionales de los regímenes, pues estas fueron establecidas desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, motivo por el cual, el demandante no puede negar ahora que expresó su voluntad de manera libre, voluntaria y espontánea al momento de firmar la afiliación con COLFONDOS.

Finalmente, expone que aceptar al accionante en este momento, es decir, estando cerca de adquirir la pensión de vejez significa atentar contra la sostenibilidad financiera, pues su representada no ha administrado en los últimos años las cotizaciones realizadas por el demandante y tendría ésta que entrar a reconocer una pensión vitalicia.

Por su parte, la apoderada judicial de **COLFONDOS** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la condena de gastos de administración, toda vez que la misma es aquella que descuentan las AFP para administrar los dineros que ingresan a la cuenta de ahorro individual de sus afiliados, descontando el 3% de cada aporte del 16% para cubrir gastos de administración y pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuento debidamente autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, operando tanto para el RAIS como para el RPM.

Explica que no es procedente que sea descontado lo que su representada descontó por gastos de administración, pues son comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de accionante conforme a la ley y como contraprestación de una buena gestión.

Finalmente, expresa que, si la consecuencia de la declaratoria de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan a su estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió, y por ende, COLFONDOS nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del accionante, los rendimientos producidos en dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar la comisión de administración.

Trae a colación el artículo 1746 del código civil que trata de las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, e indica que debe entenderse que, aunque se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación y se haga ficción de que nunca existió un contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejoras, siendo los frutos y mejoras para el demandante los rendimientos, y para la AFP la comisión de administración

El asunto igualmente se estudiará 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 los apoderados de Colpensiones, Colfondos y la parte demandante los que pueden ser consultados en los archivos 07 a 09 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 COLFONDOS cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado 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, 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 al ISS entre el 31 de agosto de 1990 y el 28 de febrero de 1998 cotizando un total de 80,14 semanas (fl.4 del archivo 01.ExpedienteDigitalizado.pdf y archivo 03.HistoriaLaboralColp.rar); (ii) que diligenció formulario de afiliación al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS el 9 de agosto de 1994, con fecha de efectividad 1 de septiembre de 1994 (01.ExpedienteDigitalizado.pdf); (iii) que diligenció formulario de afiliación ante COLPENSIONES el 1 de marzo del 2013 (archivo 01.ExpedienteDigitalizado.pdf y archivo 03.HistoriaLaboralColp.rar) obteniendo respuesta negativa mediante misiva de la misma fecha con radicado BZ2013_1477963-0437676 (01.ExpedienteDigitalizado.pdf y archivo 03.HistoriaLaboralColp.rar); (iii) que posteriormente, elevó nuevamente solicitud de vinculación de ante COLPENSIONES el 22 de noviembre del 2019 (fl. 16 y archivo 03.HistoriaLaboralColp.rar), recibiendo respuesta desfavorable mediante misiva del 27 de noviembre del 2019 bajo el argumento de que el demandante se encontraba dentro de los 10 años para adquirir el derecho pensional (fl. 15 y archivo 03.HistoriaLaboralColp.rar).

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* contenida en el 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 para 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 se observa a folios 40 a 42 simulación pensional de fecha 22 de octubre de 2019 emitida por COLFONDOS en la que se especifica el monto que recibiría en la entidad por pensión de vejez, en la misma no se hacen cálculos comparativos con el régimen de primera media, además dicha información se suministró al demandante cuando ya le había vencido la oportunidad para el traslado entre regímenes, toda vez que para esa data ya contaba con 59 años de edad.

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 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 aún 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.

La Sala considera oportuno precisar frente al razonamiento del apelante según el cual sólo para los destinatarios del régimen de transición se admite por la jurisprudencia la nulidad del traslado, que el mismo es desacertado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

En efecto, en la jurisprudencia sobre el tema¹, se ha establecido que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de COLFONDOS S.A. el cumplimiento de sus obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del demandante al RAIS emerge como 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 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.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las AFP demandadas, no existen razones jurídicas para que éstas no trasladen 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 todos los valores que sirven para financiar tales prestaciones, incluyendo para tal efecto los gastos de administración y primas.

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, el cual deberá ser asumido por COLFONDOS a cargo de su propio patrimonio, 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, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes,

¹ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y CSJ SL 1688-2019

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.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, de ahí que no prospere tampoco en este sentido lo argüido por el recurrente pasivo. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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.

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado 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. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO 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: CONFIRMAR la sentencia No. 145 del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

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

Los Magistrados,

Firma digital para
acto judicial

MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Sección de Salubridad Pública por salubridad pública
(Art. 11 Dec. 491 de 2020)

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA