

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	GLORIA PATRICIA ROJAS OREJUELA
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-007-2020-00281-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 320

Santiago de Cali, veintiocho (28) 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°021 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN 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. 278 del 23 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada DANNA SATIZABAL PERLAZA identificada con T.P. No. 255.442 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible en el archivo 02.DemandaYPoder20200028100, en la contestación de PROTECCIÓN S.A. en el archivo 07.ContestacionDdaProteccion20200028100, en la contestación de COLPENSIONES visible en el archivo 08.ContestacionDdaColpensiones20200028100 y de PORVENIR en el archivo 10.ContestacionDdaPorvenir20200028100, 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. 278 del 23 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

A su vez, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la actora a PROTECCIÓN y posteriormente a PORVENIR, ordenando que la actora fuera válidamente afiliada al régimen de prima media.

En consecuencia, ordenó a PORVENIR y PROTECCIÓN devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos, porcentaje de gastos de administración y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, en proporción al tiempo en que estuvo en cada uno de los mencionados fondos.

Por último, condenó a PORVENIR y PROTECCIÓN en costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de 4 y 2 SMLMV, respectivamente.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que, en el caso bajo estudio no se observa que los asesores del RAIS hubieren cumplido con su deber de brindar a la demandante la información necesaria a fin de tomar una decisión tan trascendental como era la selección del régimen pensional y su futuro derecho pensional, puesto que quedó demostrado que aquellos no le indicaron los pormenores de los regímenes vigentes, en especial, las desventajas del régimen de ahorro individual.

Señaló que en este asunto brilla por su ausencia que la actora hubiera recibido en forma correcta la asesoría respecto del monto de su pensión, la diferencia en el pago de aportes, como serían distribuidos éstos, las consecuencias en el monto de la prestación, que necesitaba determinado monto capital para pensionarse, que la rentabilidad dependería de las inversiones que efectuara el fondo, la posibilidad que tenía de retractarse o siquiera una asesoría posterior sobre esos temas, por lo que concluyó que el traslado no cumplió el deber de información debida y transparencia, lo que conlleva a dejar sin efecto jurídico alguno el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación indicando que la afiliación de la demandante goza de plena validez, pues la misma se trasladó después de habersele brindado toda la información clara y suficiente acerca de las características propias del RAIS y que el hecho de no existir documentos que demuestren dicha asesoría, ello se debe a que para la época del traslado, año 1996, las asesorías se hacían de manera verbal, pues el deber de efectuar proyecciones sólo surge a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Agregó que la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada no manifestó inconformidad alguna y a pesar de tener conocimiento sobre el derecho al retracto, no hizo uso del mismo, ni se trasladó al régimen de prima media antes de estar inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la ley 797 de 2003 y que por el contrario, hizo cambios horizontales dentro del mismo régimen, por lo que considera no puede trasladarle ahora a la AFP PROTECCIÓN la responsabilidad de una decisión que la actora tomó hace más de 24 años y que por el contrario, esas decisiones ratifican su voluntad de permanecer en el RAIS, como lo expuso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3752 de 2020.

Frente a la condena por gastos de administración consideró que no debió proceder pues esta comisión es aquella que cobra la AFP para gestionar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que efectúan los afiliados, la administradora ha descontado el 3% para cubrir los gastos de administración y pagar la póliza previsional, descuento que se encuentra debidamente autorizado en la ley, que opera para ambos regímenes, además de ser dineros ya causados durante la administración de la cuenta.

Indicó que si la consecuencia de la ineficacia es que todo vuelva a su estado anterior, ello debió significar que la demandante nunca estuvo afiliada a PROTECCIÓN, ésta no

administró sus recursos y por lo tanto no se generaron rendimientos y tampoco se debió cobrar una comisión de administración. A este respecto trajo a colación el artículo 1746 del C.C. sobre restituciones mutuas para significar que en el caso de la ineficacia del traslado, el fruto o mejora del afiliado son los rendimientos y para la AFP los gastos de administración, los cuales considera debe conservar si en efecto hizo rentar el patrimonio de su afiliado.

Explicó que no obstante lo dicho, la actora ya no se encuentra afiliada a PROTECCIÓN y que esta entidad trasladó todos los saldos de la cuenta de ahorro individual, por lo que solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a la AFP de las condenas impuestas.

El apoderado de **PORVENIR** interpone recurso de apelación argumentando que en esta clase de procesos no se logra demostrar lo correspondiente al error, fuerza o dolo, conforme lo dispuesto en el artículo 1508 del C.C., explicando que lo que no se logró probar está determinado bajo una afirmación indefinida, lo que puede probarse con las presunciones e indicios y que en este punto se aparta de lo resuelto por el *a-quo* pues deja pasar por alto los mecanismos de carácter legal en relación con que la parte demandante muy bien pudo o tuvo la oportunidad de hacer uso de su derecho de retracto tanto en PROTECCIÓN como en PORVENIR, pero decidió quedarse en el RAIS y con ello ratificar su permanencia.

Explicó que para la época en que se hicieron las afiliaciones al RAIS no estaba vigente la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, sino que estaba vigente la ley 692 de 1994 dentro de la cual se exigía la suscripción de un formulario de afiliación con el cual se ratificaba la debida asesoría que sí prestó PORVENIR.

Insistió que debe darse aplicación a la prescripción, teniendo en cuenta que la acción versa no sobre el derecho pensional en sí, sino que va encaminada a obtener un mayor valor de la pensión.

De persistir la condena, solicita se revoque lo concerniente a los gastos de administración teniendo en cuenta que conforme al Decreto 3995 de 2008, frente al traslado de los aportes del régimen pensional no se impone lo mismo, para lo cual se debe respetar la designación de dichos aportes y la gestión de administración desarrollada por la AFP que generó rendimientos que se trasladaron a la administradora de destino.

Agregó que debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 113 de la ley 100 de 1993, dichos gastos de administración no hacen parte de la financiación de la pensión de vejez y se opone a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., pues considera que el mismo únicamente se aplica a la declaratoria de nulidad, no obstante, si se aplicara, debería darse aplicación a la excepción de compensación, teniendo en cuenta para ello, que los rendimientos generados deben compensarse con los gastos de administración que se están imponiendo a la AFP, toda vez que ésta siempre actuó ajustada a la ley y la constitución.

Solicita por último que se aplique la excepción de prescripción en relación con aquellos gastos de administración que se le está imponiendo a la entidad a devolver y se absuelva en costas.

En los aspectos que no fueron materia de apelación, se estudiará el proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la parte demandante y PORVENIR S.A., que puede ser consultado en los archivos 05 y 06 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 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, rendimientos y condenar en costas de primera instancia a PORVENIR.

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 desde el año 1979 hasta el 21 de junio de 1996, cotizando un total de 791 semanas (fl. 17 y 73); (ii) que suscribió solicitud de vinculación ante PROTECCIÓN el 21 de junio de 1996 (fls. 3 archivo 03. AnexosDemanda20200028100), luego se trasladó a COLMENA el 20 de abril de 1999 (fl. 2 archivo 03. AnexosDemanda20200028100), posteriormente se trasladó a ING desde julio de 2000 hasta julio de 2005 (fls. 77,78 archivo 03. AnexosDemanda20200028100), realizando aportes a otras administradoras del RAIS por 328 semanas (fl. 73 archivo 03. AnexosDemanda20200028100) y finalmente se afilió a PORVENIR a partir de octubre de 2001 (fls. 79 a 81 archivo 03. AnexosDemanda20200028100) donde ha realizado aportes por 680 semanas; (iii) que elevó solicitud de traslado a COLPENSIONES el 27 de julio de 2020, recibiendo respuesta negativa mediante misiva de la misma fecha (fl. 93).

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 obligatorio, 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 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 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 afiliada, la afiliación de la 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 a la actora 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 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 y PORVENIR 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 lo relativo a la compensación que reclama la accionada entre los rendimientos y los gastos de administración habría que indicar que tales rendimientos 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, integrados allí al fondo común de naturaleza pública que conforman dichos aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse estos aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecerían a este; contrario a lo que acontece con los gastos de administración que corresponden junto con el aporte para pensión, al total de la cotización que se verificó por el afiliado, y que debió recibirse por la AFP COLPENSIONES de haber permanecido afiliado durante todo el tiempo a esta entidad.

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 en su poder durante todo el término, por lo que se reitera, 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye así tal condena en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

En relación con la excepción de prescripción de la acción y de los gastos de administración, 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, por tratarse de pretensiones declarativas, y porque 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.

Finalmente es oportuno señalar, que el hecho de que la 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 inducida la actora, pues no debe pasarse por alto que ésta 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 la accionante pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de PORVENIR, 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 confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

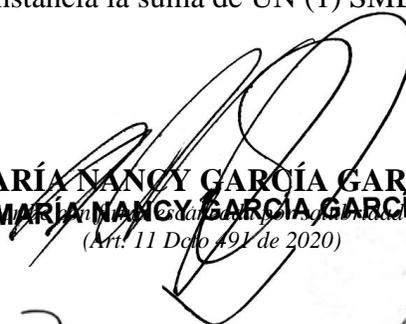
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 278 del 23 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

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

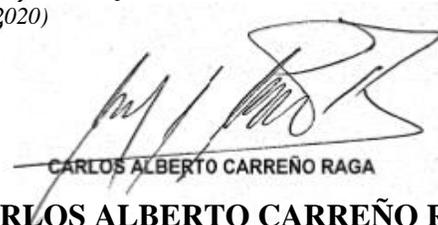
Los Magistrados,


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se sustituye por el Código de Procedimiento Social (Art. 11 Delo 491 de 2020)

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
Cali-Villota

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL