

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	EVELIO ARARAT GUAZA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
LITISCONSORTE NECESARIO	PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-008-2020-00327-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 390

Santiago de Cali, veintiséis (26) de noviembre 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° 26 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por las DEMANDADAS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 47 del 08 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en los folios (6Demanda20200032700.pdf) demanda, (14EscritoContestacionDemanda20200032700.pdf) contestación de COLPENSIONES; (1 a 27 18ContestacionDemandaAnexos20200032700.Pdf) la contestación de PROTECCIÓN y (1 a 19 34CorreoConstestacionDemandaAnexosPorvenir20200032700.pdf) la contestación de PORVENIR, 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.

Por auto Interlocutorio No. 088 del 25 de enero de 2021 (30AutoTieneContestada20200032700.pdf), se vinculó como litisconsorte necesario a PORVENIR S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 47 del 08 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, se declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y en consecuencia declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante del RPM al RAIS.

Así mismo, condenó a PROTECCIÓN S.A. a retornar las cotizaciones, rendimientos y gastos de administración recibidos con ocasión de la afiliación del accionante a COLPENSIONES sumas que deberán ser debidamente indexadas, del mismo modo le ordenó a la AFP PORVENIR devolver a la administradora colombiana de pensiones los gastos de administración indexados recibidos por la afiliación del demandante.

Por último, decreto que el demandante se encontraba válidamente afiliado a Colpensiones y condenó en costas a Porvenir S.A. por resultar vencida en juicio y fijó como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a favor de la parte actora.

Como argumento de su decisión expresó el A quo que, la AFP PORVENIR S.A. no acreditó dentro del proceso que cumplió con su obligación de brindarle al demandante la información necesaria, completa y detallada sobre las consecuencias que el traslado conlleva, tales como los gastos de administración y proyección de a cuánto ascendería su mesada pensional entre un régimen y otro; para que se pudiera considerar que el traslado efectuado fue una decisión libre y espontánea. Afirmó que el fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN no puede alegar que el demandante recibió asesoría, en tanto la ineficacia se genera por la falta de información al momento del traslado y aunque se haya informado con posterioridad esto no se desvirtúa la ineficacia del negocio inicial.

Igualmente, manifestó que aunque el señor EVELIO ARARAT se haya traslado de fondo de pensiones dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad, esto no significa que desaparece la nulidad del primer acto, indicó que al declararse la ineficacia de traslado realizada por el demandante a PORVENIR S.A. la AFP PROTECCIÓN entidad que actualmente administra los dineros del demandante le corresponde trasladar todos los valores que se encuentre en la cuenta de ahorro individual del éste como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados y a PORVENIR reintegrar indexados los gastos de administración recibidos a COLPENSIONES.

Finalmente, que al considerarse que el traslado nunca existió el actor está debidamente afiliado a Colpensiones y señaló que no prosperan las excepciones propuestas por las demandas.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el *a-quo* solicitando se absuelva a su representada de regresar las sumas cobradas por gastos de administración, puesto que esos dineros fueron usados para pagar los seguros previsionales y ese 3% descontado está debidamente autorizado por la ley. Adicionalmente indicó que de conformidad con el artículo 1746 del CC, aunque se declare la ineficacia no se puede desconocer que esa cuenta produjo unos frutos y mejoras como los son los rendimientos que están en favor del demandante y los gastos de administración que se encuentran en favor de la administradora de pensiones y, por tanto, esos dineros deberían ser conservados por la buena gestión realizada.

Por su parte, el apoderado de **PORVENIR S.A.** argumentó que la sentencia dictada en primera instancia debe ser revocada en sus numerales primero, segundo y tercero, en lo que tiene que ver con su representada, toda vez que dentro del proceso no se demostró el error, fuerza o dolo que mantuviera al actor vinculado al RAIS, máxime si se tiene en cuenta que contaba con mecanismos legales para regresar al RPM y lo que hizo fue trasladarse a otra AFP demostrando su intereses de querer permanecer en el RAIS.

Así mismo, precisó que en la data que se efectuó el traslado no se exigía requisito adicional a la suscripción del formulario de afiliación y frente a este documento no se presentó ninguna objeción. Agregó que en los casos de ineficacia de afiliación es procedente

que se declare la prescripción por no encontrarse en juego el derecho pensional sino un posible mayor valor, además explicó que de ordenarse la ineficacia no se puede condenar a su representada a devolver los gastos de administración, en tanto la cuenta del demandante con el traslado realizado a PROTECCIÓN se encuentra en 0 y se debe respetar la gestión realizada por la AFP PORVENIR que generó rendimientos al actor y que reintegrar esos dineros sería un enriquecimiento sin causa.

Solicitó se de prosperidad a la excepción de compensación propuesta, dado que los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del demandante compensan los gastos de administración y, por último, pidió que se absuelva a su representada de la condena en costas por no ser demandada en el proceso sino una integrada al litigio.

A su turno, la apoderada de **COLPENSIONES** apeló la decisión explicando que el accionante no puede regresar al RPM, por cuanto está inmerso en la prohibición señalada por la ley, pues dentro de 4 años cumple la edad para adquirir pensión de vejez, del mismo modo indicó que el deber de información que tiene las administradoras de pensiones ha pasado por varias etapas y para la calenda del traslado se encontraba vigente el decreto 663 de 1993 que no imponía soportes de información y gravar a las AFP con requisitos que no existían para el momento de la celebración del acto vulnera el principio de legalidad y el debido proceso que exige que se juzgue conforme a la leyes preexistentes.

Al mismo tiempo, advirtió que todos los afiliados no pueden considerarse la parte débil en el negocio jurídico, puesto que a ellos la ley les ha dado la obligación de conocer las condiciones del sistema de seguridad social en pensiones y la CSJ ha manifestado que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, pues el error de derecho no genera nulidad.

Finalmente, anotó que la decisión tomada por el A quo vulnera el principio de sostenibilidad financiera, teniendo en cuenta que el accionante al 01 de abril de 1994 tenía 31 años de edad y no contaba con los 15 años de servicios. Solicitó se estudie el fenómeno prescriptivo, por cuanto no está en juego el derecho a la pensión.

Lo no apelado será materia de decisión en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, los apoderados de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que pueden ser consultados 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 INVERTIR hoy PORVENIR 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, rendimientos y a 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 al ISS del 10 de mayo de 1991 al 31 de agosto de 1995 cotizando un total de 224,00 semanas (fl. 1 a 6 16AnexosContestacion20200032700); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. el 28 de septiembre de 1995 (fl.56 34CorreoConstestacionDemandaAnexosPorvenir20200032700.pdf) donde cotizó 192.57 semanas; que se trasladó a PROTECCIÓN a partir de 01 de agosto de 1999 (fl 30 18ContestacionDemandaAnexos20200032700.pdf) cotizando a la fecha de presentación de la demanda 1.505,43 semanas, (fls.32 a 45 18ContestacionDemandaAnexos20200032700.pdf); **(iii)** que el 01 de agosto de 2019 solicitó afiliación ante COLPENSIONES (fl. 30 1 16AnexosContestacion20200032700.pdf), recibiendo respuesta desfavorable mediante misiva de la misma fecha (fl. 11 16AnexosContestacion20200032700.pdf).

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. ° 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 fundación, 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 pudiese 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.

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.

Conviene advertir, que los comunicados y fragmentos de prensa con anuncios relativos al régimen de Ahorro Individual que se allegaron la proceso (fls 57 a 59 34CorreoConstestacionDemandaAnexosPorvenir20200032700.pdf) no denotan el cumplimiento por parte de la Administradora de su deber de información frente al afiliado, en tanto ninguna referencia concreta al asunto del accionante se hace en el mismo, para tener por cumplido el deber de asesoría que le asistía a las demandadas.

Aunado a lo anterior la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP PORVENIR S.A., mismo que según el artículo 656 de 1994, sirve para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de las AFP dirigidas a la demandante referentes a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3º del decreto 1661 de 1994 recae en 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 de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de INVERTIR hoy PORVENIR el cumplimiento de las 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 2º 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, gastos de administración y primas, 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, 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 las 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 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 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, integrándose 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.

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 pretensiones de índole declarativa, que corresponden a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de allí que 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. Así lo expuso 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 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.

Corolario de lo anterior, se confirma la sentencia recurrida. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y PORTECCIÓN, 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,

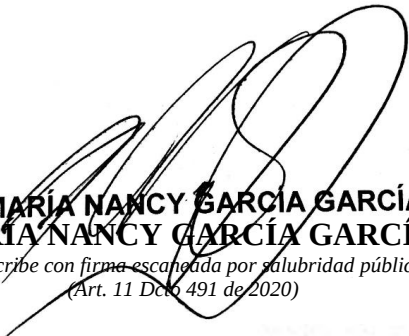
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 47 del 08 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


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


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL