

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	CARLOS ALBERTO ACEVEDO CARDONA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
LITISCONSORTE	PORVENIR
PROCEDENCIA	JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-003-2020-00368-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia afiliación al RAIS
DECISIÓN	ADICIONA

SENTENCIA No.425

Santiago de Cali, diez (10) de diciembre 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° 28 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. 51 del 26 de febrero del 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS ALBERTO ACEVEDO CARDONA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: 1) se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado a COLMENA AIG hoy PROTECCIÓN por la omisión de información, en consecuencia se ordene el retorno a COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado; a la par, solicita 3) se ordene a PROTECCIÓN la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el art. 1746 del Código Civil, gastos de administración y cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese hubiere generado en aplicación del art. 963 del Código Civil.

Por auto Interlocutorio No. 2747 del 24 de noviembre de 2020 (fl. 490 01.Expediente.pdf), se vinculó como litisconsorte necesario por pasiva a PORVENIR S.A.

En virtud del 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 los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en los folios (1 a 35 01.Expediente.pdf) demanda, (285-295 01.Expediente.pdf) la contestación de COLPENSIONES; (511-529 01.Expediente.pdf) la contestación de PROTECCIÓN y (578 a 603 01.Expediente.pdf) contestación de PORVENIR.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 51 del 26 de febrero del 2021, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA (hoy PROTECCION), y en consecuencia los demás traslados entre fondos.

A la par, condenó a PROTECCIÓN a retornar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS ALBERTO ACEVEDO CARDONA, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración. Del mismo modo le ordenó a la administradora colombiana de pensiones aceptar el traslado del accionante junto con los valores ahorrados.

Finalmente, condenó en Costas a las partes vencidas en juicio fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PROTECCIÓN y \$4.000.000 a cargo de PORVENIR a favor del demandante.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que, con las pruebas aportadas al proceso no se logró acreditar que las AFP le hubieran brindado al demandante información calificada, clara y suficiente para que pudiera tomar una decisión ilustrada sobre las consecuencias que acarrearba su traslado, indicó que la información debe ser brindada al momento del traslado, pues solo así se puede considerar que la decisión fue libre y voluntaria.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación argumentando que no hay razones para que la entidad que representa afilie nuevamente al demandante, en tanto su afiliación al RAIS fue un ejercicio legítimo de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional y no existe vicio del consentimiento para no considerarla válida.

A su turno, la apoderada de **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación solicitando se revoque los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia dictada en primera instancia. Manifestó que el negocio celebrado entre la AFP y el actor fue válido, en tanto se le suministró toda la información sobre las normas del RAIS y sus características, lo que le permitió escoger el que más se ajustaba a sus intereses. Resalta que para la data de la afiliación no existía ninguna norma que le ordenara a las administradoras de pensiones realizar proyección pensional, calculo actuarial o dejar constancia por escrito de la información brindada.

Igualmente, indicó que de ser procedente la nulidad de traslado no se debe condenar a PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta que si la consecuencia de la nulidad es que el contrato de afiliación nunca existió, ello significa que los rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual del demandante tampoco se debieron producir, por lo que al ordenar la devolución de la comisión de administración el juez estaría haciendo una interpretación contraria a la ley y favoreciendo a una de las partes del contrato sin ninguna justificación.

El apoderado de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación pretendiendo se revoquen los numerales 1 y 4 de la sentencia dictada en primer grado. Arguye que no hay lugar a declarar la nulidad de afiliación, pues PORVENIR y PROTECCIÓN le brindaron la información adecuada al demandante conforme a las leyes preexistentes para la época del traslado. Expone que para la data del traslado no había norma que obligara a las AFP a dejar por escrito la asesoría brindada, resaltando que ni siquiera el ISS hoy Colpensiones guarda archivos de la información brindada a sus potenciales afiliados.

Asimismo, indicó que de ser confirmada la sentencia por el Tribunal sea revocada o modificada la condena en costas, en tanto resulta desproporcionado que se le condene a pagar un mayor valor por concepto de costas cuando a la entidad que realizó el traslado y se le ordenó la devolución de los aportes se le impuso una suma menor.

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

ALEGATOS DE CONCLUSION

Mediante auto del 26 de noviembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, el apoderado de la parte demandada PORVENIR S.A. que pueden ser consultados en el archivo 05 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 PORVENIR y PROTECCIÓN cumplieron 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 y si procedente la condena en costas de primera instancia a PORVENIR S.A.

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 accionante cotizó en el régimen de prima media administrado por Colpensiones 654,14 semanas entre el 11 de septiembre de 1989 y el 01 de febrero de 1997 (fl 293 a 297 01.Expediente.pdf)
- (ii) Que el señor CARLOS ALBERTO ACEVEDO CARDONA se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN el 03 de mayo de 1999 (fl. 70 y 567 del archivo 01.Expediente.pdf), con efectividad a partir del 1 de julio de 1999 (fl. 637, archivo expediente)
- (iii) Que posteriormente el actor se afilió a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. el 01 de julio de 2009 (Fl. 638 01.Expediente.pdf), con efectividad a partir del 1 de abril de 2000 (fl. 637, archivo expediente).
- (iv) Luego el accionante realizó afiliación a PROTECCIÓN S.A. el 26 de noviembre de 2012 (Fl.67 01.Expediente.pdf), con efectividad a partir del 1 de septiembre de 2009, fondo en el que se encuentra actualmente y tiene cotizadas 483,57 semanas, con un acumulado total de 1.309,14 semanas (fl. 558, archivo expediente).
- (v) Que el 15 de enero de 2015 el demandante suscribió formulario de afiliación a COLPENSIONES (Fl. 298, archivo expediente.pdf), la cual fue rechazada mediante oficio BZ2015_297898-0094072 del 15 de enero de 2015, por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse (fl. 301, archivo expediente.pdf)

- (vi) Que el actor elevó solicitud de anulación de traslado ante COLPENSIONES el 11 de febrero de 2020 (fl 76 y 392 01.Expediente.pdf), la cual le fue negada por COLPENSIONES en oficio No. BZ2020_1993087-0405462 del 13 de febrero de 2020 (77 a 78, 303 a 304, 393-395 01.Expediente.pdf).
- (vii) El demandante elevó igualmente petición de traslado a PROTECCIÓN S.A. el 4 de febrero de 2020 (fl. 396, archivo expediente.pdf), la cual fue negada por la AFP en oficio radicado No. CAS-5405926-X1Z6N2 del 7 de febrero de 2020 (fls. 397-399, archivo expediente.pdf)

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas, entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación 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 COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 70 y 567 del archivo 01.Expediente.pdf) y HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (Fl. 638 01.Expediente.pdf), nada se indica respecto las condiciones de su afiliación al RAIS, las diferencias existentes con el RPMPD, 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.

Conviene advertir, que los comunicados y fragmentos de prensa con anuncios relativos al régimen de Ahorro Individual que se allegaron al proceso (*fls. 453-459 y 639-641, archivo expediente.pdf*), no denotan el cumplimiento por parte de las Administradoras de su deber de información frente a la afiliada, en tanto ninguna referencia concreta al asunto de la accionante se hace en los mismos, para tener por cumplido el deber de asesoría que le asistía a las demandadas.

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 PORVENIR y 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 ese orden de ideas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primer grado para ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

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 pretensiones de carácter declarativo, relativas a 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.

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 avantes 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. En cuanto al monto, no es este el momento procesal para discutir el mismo sino en el auto que apruebe la liquidación de costas y agencias, artículo 366-5 CGP

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se adiciona la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a PORVENIR que retornar a COLPENSIONES los dineros recibidos por cuotas de administración o por el tiempo que administró los dineros del demandante. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR 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 MÍNIMO 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: ADICIONAR la sentencia No. 51 del 26 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROVENIR 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 Decreto 497 de 2020)

Firma digitalizada para el sistema judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
JO-03


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL