

RESUMEN DE PROVIDENCIA ORAL CONTENIDA EN AUDIO

NÚMERO DE RADICADO: 050013105011 2016-01401 01

TEMA: **INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN. Deber de información para el futuro afiliado al RAIS.**

(...) la autonomía de la voluntad de las partes, (...) debe resistir un mayor control, cuando por motivos de interés social o de orden público, puede afectar derechos irrenunciables de un trabajador en sus relaciones particulares o derechos fundamentales de los afiliados en sus vinculaciones con las entidades que administran el Sistema de Seguridad Social.(...) La Ley 100 de 1993, en su artículo 59, adoptó el esquema del mercado de competencia (...), tanto más entonces debe ser el celo, la diligencia y la responsabilidad de las Entidades Administradoras, al proponerle a los eventuales nuevos afiliados el traslado entre regímenes.(...) La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, (...) viene consolidando el criterio que apunta a considerar que las Sociedades Administradoras del Sistema General de Pensiones del RAIS, (...) por inversión de la carga de la prueba, deben demostrar al momento de un traslado, si suministraron al respectivo afiliado, una adecuada, oportuna, completa y suficiente información relacionada con las características de cada régimen, así como las ventajas y desventajas que para cada uno de los afiliados, pueda significar esa decisión de traslado incluso con independencia de que se pierda o no el régimen de transición. **Ineficacia del traslado de régimen de afiliados a CAJANAL.** Sobre la afiliación previa a Cajanal (...),podría pensarse que la decisión de declararse la ineficacia del traslado al RAIS, significaría, en principio, que tendrían que retornar como afiliados a Cajanal, (...)en virtud de la (...) norma, podrían continuar vinculados a Cajanal, mientras no se ordenara su liquidación, pero como con posterioridad de su traslado al RAIS, este hecho se presentó, y su intención con la presente demanda es regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida será Colpensiones la entidad encargada de recibirlos y de activar su afiliación, pues así también lo permite el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

PONENTE: DR. JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

FECHA: 15/11/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

Extracto: “(...) Son frecuentes y reiterativos los conflictos similares al presente, frente a los cuales se considera que revisten características singulares, en primer lugar, trascienden la inmediatez que comporta el simple traslado entre regímenes, en su momento, en la medida en que con el trascurso del tiempo, el afiliado puede ver afectada sus cotizaciones pensionales y sus ingresos futuros, justamente en la época en que opta por hacer uso del retiro como servidor activo, para entrar en el goce de su derecho a la pensión de vejez, que es cuando surge la necesidad de mantener un determinado nivel de ingresos en un porcentaje razonable frente a sus ingresos anteriores.

De otro lado, por la complejidad que tal decisión comporta, desde el punto de vista legal como financiero, que por tanto impone la necesidad de ofrecerle al interesado una información clara, completa, veraz e integral, por parte de aquellas personas, que deben ser no solo promotores, sino incluso consejeros, con respecto a lo que sería una adecuada decisión; en tercer lugar, pero en concordancia con lo anterior, supone la importancia del buen consejo que no se garantiza simplemente exponiendo las diferencias teóricas entre los regímenes, o tramitando la suscripción de un formulario, sino que cada caso es único, en tanto la situación es subjetiva y depende de variables tales como la edad del afiliado, sus ingresos pasados y presentes, sus expectativas familiares y personales, la conformación incluso de su núcleo familiar, etc.

Se ha dicho que la oferta de afiliación que un Fondo de Pensiones determinado dirige a un posible afiliado interesado, aceptada por éste, genera obligaciones recíprocas, en principio, que deben ser respetadas como acto jurídico bilateral; el artículo 1602 del CC enseña, que todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por mutuo consentimiento o por causas legales.

Relatoria

Es esto un trasunto de la autonomía de la voluntad de las partes, teoría que debe resistir un mayor control, cuando por motivos de interés social o de orden público, puede afectar derechos irrenunciables de un trabajador en sus relaciones particulares o derechos fundamentales de los afiliados en sus vinculaciones con las entidades que administran el Sistema de Seguridad Social.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 59, adoptó el esquema del mercado de competencia al disponer que el RAIS propende por la competencia entre las diferentes Entidades Administradoras del Sector Privado, Sector Público y Sector Social-Solidario, que libremente escojan los afiliados, tanto más entonces debe ser el celo, la diligencia y la responsabilidad de las Entidades Administradoras, al proponerle a los eventuales nuevos afiliados el traslado entre regímenes.

De modo específico, ya en el tema en controversia, la necesaria, adecuada y completa información, no es nueva, sino que viene dada desde el Decreto 663 de 1993, que corresponde al Estatuto Orgánico del Sector Financiero, dentro del cual se encuentran los Fondos Privados de Pensiones y Cesantías, cuyo artículo 97 dispuso originalmente lo siguiente: *“Información a los usuarios. Las entidades vigiladas, deben 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”*. Disposición que fue modificada por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, en términos similares a los anteriores.

Asimismo, el artículo 10º del Decreto 720 de 1994, reglamentario del artículo 105 de la Ley 100 de 1993, y parcialmente del artículo 287 de esa misma Ley 100, al referirse a la responsabilidad de las Sociedades Administradoras del Sistema General de Pensiones y a las organizaciones de los promotores, en el capítulo 4º estableció lo siguiente: *“Cualquier infracción, error u omisión, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados en que incurran los promotores de las Sociedades Administradoras del Sistema General de Pensiones en el desarrollo de su actividad, compromete la responsabilidad de la Sociedad Administradora respecto de la cual adelante sus labores de promoción o con la cual, con ocasión de su gestión, se hubiere realizado la respectiva vinculación, sin perjuicio de la responsabilidad de los promotores frente a la correspondiente Sociedad Administradora del Sistema General de Pensiones”*.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha venido elaborando una línea jurisprudencial respecto a esta problemática, en los casos en los cuales ha debido analizar el tema, sentencias como la 31989 de septiembre 9 de 2008, 33083 de noviembre 22 de 2011, la SL 12136 con radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la SL 19447 radicado 47125 de septiembre 27 de 2017 y la SL 17595 de octubre de 2017 radicado 49292.

En ellas se viene consolidando el criterio que apunta a considerar que las Sociedades Administradoras del Sistema General de Pensiones del RAIS, aquí demandadas, por inversión de la carga de la prueba, deben demostrar al momento de un traslado, si suministraron al respectivo afiliado, una adecuada, oportuna, completa y suficiente información relacionada con las características de cada régimen, así como las ventajas y desventajas que para cada uno de los afiliados, pueda significar esa decisión de traslado incluso con independencia de que se pierda o no el régimen de transición.

Sentencia SL 19447 de 2017: *“No se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgado oral al dirimir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario, aunque el incorporado en él fuese contraevidente, es decir, a pesar de la realidad patente, de que la actora para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz desde todo punto de vista(...) de manera que, conforme a lo discurrido, queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que: 1. La insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado impidiéndole su acceso al derecho. 2. No será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo*

Relatoria

con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad. 3. En los términos del artículo 1604 del CC, corresponde a las Administradoras de Pensiones allegar pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la excedencia en el derecho pensional.”

La anterior narrativa jurisprudencial se aviene a los casos que se estudian, en tanto que, en ninguno de ellos, se trajo al plenario una prueba fehaciente relativa a la posible actividad de asesoramiento adecuado cuando tomaron la determinación de trasladarse de régimen, por lo cual, es procedente la declaratoria de la ineficacia de afiliación al RAIS, los procesos de (...) BARTOLO GULFO PALOMEQUE, (...) en todo caso, aunque no se trate del caso de pérdida de la transición, era obligación de los Fondos Privados involucrados, brindarle a los demandantes, así como también a cualquier persona que estuviere interesada en trasladarse, una completa información, relacionada con las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, concretamente, las ventajas, las desventajas que de ello se derive, haciéndose particular énfasis, como era su deber, en la situación personal y concreta como elementos mínimos, que la entidad debió advertir antes de proceder a tramitar y autorizar su afiliación.

El simple hecho de que se haya suscrito un formulario de afiliación, de ninguna manera puede significar que con ello se haya dado cumplimiento a la obligación de suministrar esa requerida información precisa, completa, adecuada y oportuna, relacionada con la situación de permanecer en el ISS o trasladarse al RAIS. Dicho formato no contempla un análisis de cada caso en particular y que contenga una proyección de su situación personal y específica en uno u otro régimen, sino que simplemente se trata de un formulario preestablecido en el cual se hace constar que se tomó una decisión espontánea y sin presiones, lo que no se discute en el proceso, sino si se efectuó o no una información adecuada.

A modo de conclusión, es dable considerar que era obligación de los Fondos Privados de Pensiones, demostrar que en aquel instante en que se produjo el traslado de cada uno de los demandantes, suministraron toda la información necesaria para adoptar una decisión informada y evidentemente en estos casos, ello no ocurrió, lo que implica que sea procedente aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, conforme el cual, cuando el empleador o cualquier persona natural o jurídica, impida o atente de cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación o selección de instituciones del Sistema de Seguridad Social, como son las AFP, *“la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente de manera libre y espontánea por parte de trabajador”*

En tal sentido es procedente confirmar cada una de las decisiones de primera instancia, en lo que a la declaratoria de ineficacia de las afiliaciones.

Sobre la afiliación previa a Cajanal (...), por el hecho de tratarse de personas que venían vinculadas a la Rama Judicial desde (...) 1982, podría pensarse que la decisión de declararse la ineficacia del traslado al RAIS, significaría, en principio, que tendrían que retornar como afiliados a Cajanal, que era la entidad en la cual estaban afiliados, por ser esta en la que estuvieron haciendo los aportes al momento del traslado, mas no al ISS ni al COLPENSIONES, porque en ese momento no eran afiliados suyos, sin embargo no puede desconocerse que en la Ley 1151 de 2007, se estableció que el Gobierno procedería con la liquidación definitiva de Cajanal EICE, hecho que ocurrió en efecto un par de años después con la expedición del Decreto 2196 de 12 de junio de 2009, a través del cual se suprimió Cajanal EICE y se ordenó su liquidación.

Lo anterior implica que debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto 692 de 1994, que dispone: *“(...) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente Decreto, los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o continuar vinculados a éste si ya lo están. Los servidores públicos que se acojan al régimen solidario de prima media con prestación definida, y que al 31 de marzo de 1994 se encontraban vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrán continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación. Los servidores públicos que*

Relatoria

al 1o. de abril de 1994 no estén vinculados a una caja, fondo o entidad de previsión o seguridad social, así como aquellos que se hallen vinculados a alguna de estas entidades cuya liquidación se ordene, si seleccionan el régimen de prima media con prestación definida quedarán vinculados al Instituto de Seguros Sociales.”

En virtud de la referida norma, podrían continuar vinculados a Cajanal, mientras no se ordenara su liquidación, pero como con posterioridad de su traslado al RAIS, este hecho se presentó, y su intención con la presente demanda es regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida será Colpensiones la entidad encargada de recibirlos y de activar su afiliación, pues así también lo permite el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Sobre la devolución de cuotas de administración, rendimientos financieros y porcentajes de garantía de pensión mínima, (...) en las diferentes oportunidades que esta Sala se ha pronunciado al respecto, ha considerado de manera reiterada que se trata de una orden procedente, ya que es un efecto natural de la ineficacia del traslado, en tanto el estado de cosas vuelve a su estado anterior, como si el acto nunca hubiere existido, en este sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia 31989 del 8 de septiembre de 2008, que aunque se refirió al tema como tratándose de una nulidad, sería aplicable al presente asunto que se viene hablando de ineficacia, dijo la Corte: *“como la nulidad fue conducta indebida de la administradora, esta 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 serán asumidos por la propia Administradora a cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del CC. Las consecuencias de la nulidad no deben ser extendidas a terceros, en este caso, la Administradora de Prima Media en la que se hallaba el actor antes de la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir, por el sistema de pensiones acciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que solo debe responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por la entidad aquí demandada”*.

En estas condiciones, la orden de devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, garantía de pensión mínima y rendimientos que se impuso en la primera instancia, será confirmada.

(...) debe aclararse que el valor del bono pensional, solo se verá reflejado al momento en que se haga el trámite por pensión de invalidez, vejez y muerte, que no es el caso que aquí se ha venido tratando.(...)

En cuanto a la devolución del porcentaje destinado al pago de seguros previsionales, (...) los seguros previsionales no pueden devolverse, en tanto el fondo respectivo canceló las primas respectivas correspondientes a la respectiva aseguradora, es decir es un valor que no permanece en los recaudos del fondo de pensiones, y además esto es importante, de que no se puede pasar por alto que en el tiempo en el que los demandantes estuvieron realizando aportes a dicho fondo, pagándose prima a estos seguros, estuvieron temporalmente amparados además frente a los riesgos de invalidez, vejez y muerte por el seguro tomado por la entidad, para esos efectos, no solo por el riesgo de vejez(...).

En cuanto las costas el artículo 365 del CGP, si bien ratifica el criterio objetivo de condenar en costas a la parte vencida en proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, suplica o anulación o revisión que haya propuesto, entre otros casos, la condena a Colpensiones (...) a reactiva la afiliación del demandante, es consecuencia lógica de la orden impartida en el sentido de declarar la ineficacia de las afiliaciones al RAIS, (...) y no podría exigírsele otra conducta cuando los respectivos afiliados le hubieren solicitado que declara Colpensiones la ineficacia de la afiliación al RAIS, porque no tiene la competencia para ello (...) por tanto no se considera que la entidad haya sido vencida propiamente en juicio, porque no hay ninguna condena que haya sido puesta propiamente en contra.

Relatoria

CONCLUSIÓN: REVOCA, la sentencia de primera instancia en cuanto condenó en costas a Colpensiones, para en su lugar absolverla por este concepto, en lo demás se **CONFIRMA** esta sentencia, **costas** a cargo de PROVERNIR S.A.