

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ANA CRISTINA VIDAL RIVERA
DEMANDADOS	PORVENIR, SKANDIA, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES
LLAMAMIENTO EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-012-2021-00231-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 038

Santiago de Cali, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

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° 002 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN, SKANDIA Y PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 255 del 03 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

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 archivos 04 demanda, archivo 09 contestación Protección, archivo 12 contestación Porvenir, archivo 21 contestación Colpensiones, archivo 22 contestación Skandia y 26 subsanación contestación Colpensiones.

A través de memorial adjunto a la contestación de demanda realizada por la AFP SKANDIA, realizó llamamiento en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, y mediante Auto Interlocutorio No. 2545 del 29 de junio de 2021, se admitió el mismo (archivo 25). La contestación de dicha aseguradora reposa en el archivo 23 del expediente digital.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 255 del 03 de agosto de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo de la Litis, y en su lugar, declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por la accionante.

A la par, decidió que la señora Vidal Rivera se encontraba válidamente afiliada al RPM y condenó a la AFP SKANDIA a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos financieros. Del mismo modo le ordenó a SKANDIA, PROTECCION y PORVENIR reintegrar a COLPENSIONES los valores recibidos por concepto de gastos de administración con ocasión de la afiliación de la actora.

Así mismo, condenó en costas a las demandadas por resultar vencida en juicio fijando como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV, para cada una.

Por último, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación a favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS, y como consecuencia, condenó a SKANDIA en costas a favor de la llamada en garantía, fijando como agencias en derecho el equivalente a un SMLMV.

Como argumento de su decisión expuso el *A quo* que, si bien es cierto que el artículo 11 del decreto 662 de 1994, establece que la suscripción del formulario de afiliación tiene como consecuencia la aceptación de las condiciones establecidas en cada régimen para acceder a las prestaciones, tampoco se puede olvidar que la ley 100 de 1993, señala que la afiliación al régimen se debe hacer de manera libre y espontánea y que, por esa razón es procedente la declaratoria de ineficacia, dado que con las pruebas arrojadas al proceso no se demuestra que el consentimiento de la actora a la hora de suscribir el formulario de afiliación, estuviere precedido de una información clara y suficiente que le permitiera conocer las consecuencias del traslado que estaba realizando, teniendo en cuenta que ya ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el formulario de afiliación no basta para demostrar que las AFP cumplieron con la obligación de una asesoría debida.

Igualmente, manifestó que las excepciones propuestas no tenían vocación de prosperar ni siquiera la de prescripción, debido a la naturaleza declarativa del proceso y que lleva inmersos derechos fundamentales como el de la seguridad social y el mínimo vital.

En cuanto al llamamiento en garantía, precisó que esta figura había sido mal utilizada por la AFP SKANDIA, pues de conformidad con la póliza contratada no tiene potestad para llamar en garantía a la compañía de seguros, dado que el contrato suscrito va encaminado al reconocimiento de las pensiones de invalidez y muerte y la pretensión que se debate no se ajusta al objeto contractual, por lo que se debía declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **SKANDIA S.A.** apeló la decisión solicitando se absuelva a su representada de las condenas impuestas, para lo cual adujo que la entidad que representa cumplió con el deber de información que le asistía al momento de la afiliación, en tanto las leyes vigentes para la época del traslado solo le imponían a las administradoras de fondos de pensiones la obligación de brindar una información suficiente y veraz que garantizara la transparencia de la operación realizada, la cual se cumplió.

Simultáneamente, expresó que, el deber de información por el que se está condenando a su representada nació en el año 2015, por lo que es claro que la AFP que representa no incumplió ninguna obligación legal con la afiliación realizada, igualmente destacó que la afiliada al realizar traslado entre AFP demostró su voluntad de permanecer en el RAIS.

Por otro lado, afirmó que no es procedente que se condene a SKANDIA a devolver los dineros recibidos por concepto de gastos de administración, puesto que esos descuentos

se encuentran autorizados por la ley y ordenar su devolución implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y un detrimento al patrimonio de su representada.

Finalmente, afirmó que se debía declarar probada la excepción de prescripción, en atención a que no se desconoce el derecho pensional que pueda llegar a tener la demandante, sino el acto de afiliación realizado y al imponerse un término de prescripción diferente al contemplado en la justicia laboral viola los principios de seguridad social y confianza legítima. Por último, precisó que, al no ser procedente la declaratoria de ineficacia tampoco había lugar a la condena en costas, por lo que se debía absolver a su representada de ese rubro.

Por su parte, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque el numeral cuarto de la sentencia proferida en primera instancia, en lo referente a la devolución de gastos de administración, manifestando que estos descuentos se encuentran autorizados por la ley y ordenar el retorno de dichas sumas constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones y se desconoce la buena gestión realizada por **PROTECCIÓN** a los dineros de la demandante, los cuales generaron unos rendimientos financieros.

A su turno, la apoderada de **PORVENIR S.A.** apeló la decisión pretendiendo se revoque el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia donde se le ordena a su representada devolver los dineros recibidos por gastos de administración, argumentando que su representada no realizó el traslado entre regímenes pensionales, pero aun así cumplió con el deber de información que le correspondía para la data del traslado.

Así mismo, indicó que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al RAIS no manifestó ninguna inconformidad y solo lo vino a hacer cuando estaba próxima a reunir los requisitos para pensionarse, demostrando con su actuar que la razón de la demanda de ineficacia del traslado no radica en la falta de información al momento de la afiliación sino en la expectativa de un mayor valor en la mesada pensional.

El asunto se conocerá igualmente en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 25 de agosto de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de MAPFRE, PARTE DEMANDANTE, SKANDIA y PORVENIR los que pueden ser consultados en los archivos 07 a 10 y 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 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 y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y a condenar en costas de primera instancia a Skandia.

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 la señora ANA CRISTINA VIDAL RIVERA estuvo afiliada al antiguo instituto de los seguros sociales entre 13/08/1985 al 30 de septiembre de 1996, cotizando un total de 544.86 semanas (fls 3 a 7 archivo 26);
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN el 12 de septiembre de 1996 (fls 21 archivo 03 y 126 del archivo 9);
- (iii) Que posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A. el día 17 de diciembre de 1998 (fl 31 archivo 12);
- (iv) Que el 21 de junio de 2011, se vinculó con la AFP SKANDIA (fls 9 archivo 03 y 22 del archivo 22), fondo en el que se encuentra actualmente afiliada y tiene cotizadas un total de 1770,86 semanas (fls 10-19 archivo 03 y 100-109 archivo 22);
- (v) Que el 10 de febrero de 2021, elevó petición a Colpensiones solicitando traslado de régimen (fls 22 y 24 archivo 03), solicitud que fue resuelta de manera desfavorable por dicha entidad, argumentando que la actora se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión (fls 23 archivo 03).

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 sus inicios 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 pudiera 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.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suasorios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente y el formulario de afiliación suscrito por la actora, 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.

Si bien a folio 6-8 del archivo 03 se observa proyección pensional efectuada por SKANDIA S.A. en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hace un análisis comparativo frente a la cuantía de la prestación en el RPM, además se observa que dicha información se suministró a la afiliada cuando ya le había precluido la oportunidad de trasladarse.

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.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN, PORVENIR y SKANDIA el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la 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, 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 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 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, PORVENIR y SKANDIA 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 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 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, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para 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 pretensiones de índole declarativo, 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 SKANDIA, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues se opuso a las pretensiones de la demanda y 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.

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

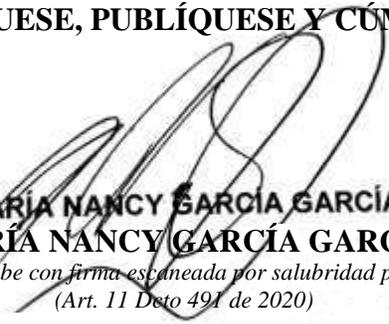
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 255 del 03 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

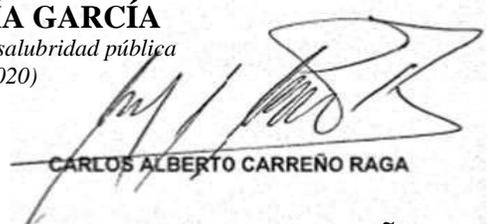
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, SKANDIA y PROTECCIÓN, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


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


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA