

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	FRANCISCO HULMER FERNÁNDEZ YULE
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y COLFONDOS
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-018-2020-00491-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 021

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 COLFONDOS y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 93 del 09 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada SANDRA MILENA PARRA BERNAL identificada con T.P. No. 200.423 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

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 a folio 1-10 del archivo 01 demanda, subsanación demanda archivo 03, 5-17 archivo 07 contestación Colfondos y 7-17 contestación Colpensiones.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 093 del 09 de abril de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y, en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el señor FRANCISCO HULMR FERNANDEZ YULE.

A la par, condenó a COLFONDOS S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los dineros que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, tales como bonos

pensionales, gastos de administración, rendimientos financieros, cotizaciones, comisiones, aportes voluntarios, porcentajes a las primas de seguros previsionales y porcentaje destinados al fondo de garantía de pensión mínima, una vez ejecutoriada la sentencia. Así mismo le ordenó a la administradora colombiana de pensiones aceptar el traslado de la accionante y actualizar su historia laboral una vez se devuelvan los dineros en el término de dos meses.

Finalmente, condenó en costas a la parte demandada por resultar vencida en juicio, fijando como agencias en derecho el equivalente a un SMLMV para cada una.

Como argumento de su decisión expresó el *A quo* que, para efectos de declarar la ineficacia de la afiliación no es necesario demostrar vicios del consentimiento, basta con que se compruebe en el proceso que el fondo de pensiones no cumplió con el deber de información.

Paralelamente, manifestó que al plenario no se arrimó prueba ni tan siquiera sumaria que demostrara que COLFONDOS al momento de realizar el traslado le brindó al demandante información coherente, transparente, necesaria y oportuna para que tomara una decisión tan importante como lo era su futuro pensional, teniendo para acreditarlo todos los medios de prueba dispuestos por la legislación, dado que la sola suscripción del formulario de afiliación no le permite al operador judicial concluir que la firma estuvo precedida de la información debida, por tanto, al no tener más pruebas para acreditar la asesoría brindada, procedía la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Por último, precisó que la excepción de prescripción no estaba llamada a prosperar, en atención a que los derechos ni los estados de derecho están sujetos al fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando se revoque el numeral 5 de la sentencia de primera instancia, en tanto considera que la administradora colombiana de pensiones no debe ser condenada en costas, toda vez que en los actos jurídicos declarados ineficaces la entidad no desplegó ningún tipo de actividad y solo fue llamado a juicio para recibir los dineros provenientes de la declaratoria de ineficacia.

Así mismo, explicó que la negativa de Colpensiones de recibir al actor cuando solicitó su regreso al RPM fue porque ya se encontraba inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, aunado a ello, dentro de las funciones de Colpensiones no se le ha otorgado la facultad para declarar la ineficacia de los actos jurídicos por lo que la negativa en la afiliación se encontraba justificada y esto deja sin sustento la condena en costas.

A su turno, la apoderada de **COLFONDOS S.A.** apeló la decisión pretendiendo se revoque la sentencia en su integridad manifestando que su representada cumplió con el deber de información regulado para la época del traslado, que exigía que se diera una información verbal del funcionamiento del régimen y sus ventajas dejando constancia de esta información en el formulario de afiliación.

Respecto de las condenas impuestas expresó que, la devolución de los gastos de administración desconoce la buena administración realizada por la AFP durante 20 años a los dineros del demandante, teniendo en cuenta que el capital de la cuenta de ahorro individual del actor incrementó gracias a las inversiones que realizó el fondo y devolver estos dineros vulnera lo establecido en los artículos 1746 y 1747 del C.C. relativos a las

restituciones mutuas, porque si se le impone a la administradora reintegrar los dineros correspondientes a los gastos de administración, Colfondos solo estaría obligado a devolver las cotizaciones, en tanto los rendimientos generados en el RAIS no se hubieran generado en COLPENSIONES.

Por otro lado, precisó que la devolución de los dineros correspondientes a las primas de seguros previsionales constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor del actor, ya que esos dineros no pertenecen a la cuenta de ahorro individual del demandante, sino que están encaminados a pagar los seguros para las pensiones de invalidez y sobrevivencia y tampoco se encuentran en el patrimonio de su representada.

En lo no apelado será materia de decisión debido al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, art 69 CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 13 de diciembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES los que pueden ser consultados en los archivos 06 y 07 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 COLFONDOS 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, las sumas adicionales de la aseguradora y a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

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 señor FRANCISCO HULMER FERNANDEZ YULE estuvo afiliado al extinto Instituto de los Seguros Sociales desde el 11 de julio de 1988 hasta el 30 de septiembre de 1996, cotizando un total de 226, 29 (fls. 18 a 22 del archivo 09);
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS, el 26 de septiembre de 1997 (fls.5 archivo 10), AFP en el que se encuentra actualmente afiliado y cuenta con un total de 666,71 semanas (fls 89 a 113 del archivo 01);

- (iii) Que elevó solicitud de traslado a la administradora de fondos de pensiones el día 1º de octubre de 2020 (fls 115 a120), resuelta a través de misiva BZ2020_9846865-2197601 del 23 de octubre de 2020, en la que se negó la solicitud por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión (fls. 121 a 123 del archivo 01);
- (iv) Que en octubre de 2020, radicó petición a COLFONDOS pretendiendo la anulación de la afiliación realizada en el año 1997, reclamación que se resolvió desfavorablemente el 23 de octubre de 2020 indicando que el actor se encontraba válidamente afiliado en tanto el asesor brindó la información necesaria y la proyección pensional se realiza solo cuando la solicita el afiliado (fls. 129 a 133 archivo 01).

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 (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 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 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.

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 COLFONDOS 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 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 la afiliada, 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 de seguros previsionales.

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 COLFONDOS 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.

Ahora bien, 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 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 COLPENSIONES, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron adelante 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 y COLFONDOS, 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. 93 del 09 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS, 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,


MARIA NANCY GARCIA GARCIA
MARIA NANCY GARCIA GARCIA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Deceto 491 de 2020)

Firma digitalizada para
actos judiciales

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


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

06-05