

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARIA DEL CONSUELO DAZA NAVIA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-018-2020-00128-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 022

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 y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 54 del 5 de marzo 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 4-22 del archivo 01 demanda, archivo 06 contestación Protección, archivo 09 respuesta Colpensiones y archivo 14 intervención del Ministerio Público.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 54 del 5 de marzo de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPM al RAIS administrado por ING hoy PROTECCIÓN.

A la par, condenó a PROTECCIÓN S.A. a reintegrar a COLPENSIONES todos los dineros que hubiere recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aportes voluntarios, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro, así como las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, debidamente indexadas. Así mismo le ordenó a COLPENSIONES 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 siquiera sumaria que demostrara que PROTECCIÓN al momento de realizar el traslado le brindó a la demandante información transparente, necesaria y que tal falencia probatoria permitió inferir que no hubo una labor de acompañamiento de manera completa por parte de los asesores del RAIS, lo que motivó al despacho a declarar 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 respondió de manera oportuna la solicitud de afiliación, negando la misma, por estar inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2º de la ley 797 de 2003, además porque consideró que la actora ratificó su voluntad de afiliación al RAIS con la suscripción del formulario de vinculación.

Agregó que COLPENSIONES no es una autoridad competente para declarar la ineficacia de la afiliación, ni tampoco es la entidad responsable de los actos generadores de la presente acción, por lo que solicita se revoque la condena en costas.

A su turno, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión indicando que a la actora se le entregó información clara, completa y comprensible y que el fondo de pensiones brindó la asesoría necesaria, ilustrando a la afiliada sobre bondades propias de

cada régimen, tomando la accionante la decisión de vincularse con la AFP, como se puede evidenciar en el formulario de afiliación.

Respecto a la condena por la devolución de los gastos de administración, los mismos se encuentran debidamente autorizados por la ley y que la administradora siempre ha gestionado los aportes de la afiliada con suma diligencia y cuidado, pues la AFP es una entidad experta en la inversión de los recursos de sus afiliados, lo cual se ve evidenciado en la generación de rendimientos.

Sobre la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora, señaló que es improcedente por cuanto tales rubros ya fueron pagados a la aseguradora para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia y se opuso igualmente al retorno del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, aduciendo que su deducción estuvo debidamente autorizada por la ley.

Sobre la condena en costas sostuvo que la AFP siempre ha actuado de buena fe y en estricta sujeción a la ley.

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 13 de diciembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la apoderada de COLPENSIONES los 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 ING hoy 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, las sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y a condenar en costas de primera instancia a las demandadas.

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 MARIA DEL CONSUELO DAZA NAVIA estuvo afiliada al extinto Instituto de los Seguros Sociales desde octubre de 1984 hasta enero de 1995 (fls. 27 a 30 del archivo 01);

- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por ING hoy PROTECCIÓN, el 1° de febrero de 1995 (fl. 17 archivo 06), AFP en el que se encuentra actualmente afiliado y cuenta con un total de 1.599,71 semanas (fl. 22 del archivo 06 y fl. 26 archivo 01);
- (iii) Que elevó solicitud de afiliación a Colpensiones el 24 de febrero de 2020 (fl. 50 archivo 01), resuelta a través de misiva de la misma fecha, en la que se negó la solicitud por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión (fl. 52 archivo 01);
- (iv) Que el 7 de febrero de 2020 solicitó a PROTECCIÓN el traslado al régimen de prima media (fl. 53 archivo 01) y dicha entidad mediante comunicación del 12 de febrero de 2020 resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fl. 54 archivo 01).

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 (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 emerge, 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 PROTECCIÓN 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 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 fogarín y 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 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.

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).

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 y PROTECCIÓN, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron adelante sus argumentos, en consecuencia, al resultar vencidas 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 PROTECCIÓN, 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. 54 del 5 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES 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 Dcto 491 de 2020)

Firma digital para el proceso judicial

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


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