

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 DE JESUS MENDOZA PERTUZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLFONDOS
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-012-2019-00739-01
SEGUNDA INSTANCIA	Recurso de apelación COLFONDOS y consulta en favor de COLPENSIONES
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA Y ADICIONA

SENTENCIA No. 203

Santiago de Cali, treinta (30) de julio 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° 014 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 278 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada WENDY VIVIANA GONZALEZ MENESES identificada con T.P. No. 309.671 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 30 a 38 del expediente; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 51 a 59, de PORVENIR obrantes en 20 folios del expediente digital, de PROTECCIÓN visible a folios 71 a 76 y de COLFONDOS visible en el archivo 02SubsanacionColfondos del expediente digital, los cuales en gracia de la brevedad y el 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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 278 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, se declararon no probadas las excepciones de mérito formuladas por las demandadas y a la par, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual.

En consecuencia, ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y los rendimientos que se hubieren causado.

Por último, condenó en costas a PROTECCIÓN y COLFONDOS, fijando como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que, en el caso bajo estudio no se observa que la AFP hubiera dado a la accionante, herramientas para conocer cómo eran los derechos pensionales que se le estaban ofertando y eso era necesario porque en el RPM existen requisitos objetivos, claros y concretos que se pueden fácilmente determinar como son el número de semanas y la edad; y que la forma en que se liquida la prestación económica en este régimen es una fórmula matemática básica que simplemente cualquier persona puede comprender. Sin embargo, en el RAIS no sólo hay diferentes modalidades para consolidar la pensión de vejez si no que hay requisitos especiales que se tienen que cumplir, sobre todo en materia de capital para acceder a las prestaciones económicas; y la mesada pensional no es proporcional y directa al número de semanas, sino que debe tenerse en cuenta el capital, la edad, el sexo, el número de beneficiarios, factores todos estos que juegan de manera contraria y negativa en el monto de la pensión.

Adujo que son esas particularidades del régimen las que tenía que haber probado el fondo demandado, le fueron informadas a los usuarios, no proyecciones pensionales, pues ese requisito surgió con posterioridad; cual fue la explicación sobre el panorama completo del RAIS que suministró a los usuarios, pero no lo hizo, lo que denota que el consentimiento de la demandante no fue verdaderamente libre, como lo exige la norma, de ahí que se debiera declarar la ineficacia de la afiliación.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLFONDOS S.A.** interpone recurso de apelación indicando que se opone a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y demás afiliaciones, así como a las demás condenas, por cuanto considera que existe un cambio de postura en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia en el radicado SL3752-2020 del 15 de septiembre de 2020 siendo magistrada ponente ANA MARIA MUÑOZ SEGURA, en la que se hace referencia a los actos de relacionamiento y se afirma que los traslados horizontales reflejan una real intención de mantener afiliado al RAIS, lo cual repite, refleja un cambio de postura por parte de la Corte Suprema.

Agregó que se opone a la condena por gastos de administración y sumas adicionales, teniendo en cuenta que la comisión de administración se encuentra debidamente autorizada para su descuento en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 del 2003 que opera tanto para el régimen de ahorro individual como para el régimen de prima media, además que dicho descuento se encuentra justificado en la gestión que efectuó la AFP para mantener los recursos.

Explicó que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, nunca COLFONDOS debió administrar los recursos de la demandante y los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y que con base en las restituciones mutuas y los efectos derivados de la declaratoria de ineficacia, el afiliado debe conservar los rendimientos y la AFP debe conservar los gastos de administración si hizo rentar el patrimonio del afiliado, como ocurrió en el presente asunto.

Argumentó que en el caso en que se mantenga la condena a COLFONDOS de devolver a COLPENSIONES los aportes, los rendimientos financieros y los gastos de administración

se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante en desmedro del patrimonio de la administradora de pensiones.

Igualmente agregó que en lo que respecta a la devolución de los dineros pagados por concepto de póliza previsional, estos descuentos también fueron realizados conforme a la ley 100 de 1993 y en su momento se garantizó el cubrimiento de riesgos como una invalidez o muerte, por lo que se opone a su devolución, además de indicar que las aseguradoras son terceros de buena fe, que ninguna incidencia tuvieron sobre el contrato de la afiliada, por lo cual se estaría vulnerando el derecho a dicha aseguradora.

Por último, refirió que no hay lugar a imponer condena en costas a la entidad, pues ésta siempre ha actuado de buena fe frente a la afiliación efectuada por la demandante.

En los aspectos no abordados en el recurso, se estudia el proceso en grado de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos la parte demandada, los que pueden ser consultados en los archivos 08 y 09 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, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración, los rendimientos y a condenar en costas de primera instancia a COLFONDOS.

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 demandante estuvo afiliado al ISS entre el 20 de diciembre de 1984 y el 31 de mayo de 1997 cotizando un total de 288 semanas de acuerdo al expediente digital; **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN a partir del 10 de abril de 1997 (fl. 77), posteriormente se trasladó a PORVENIR el 10 de junio de 2003 (fl. 78), luego a HORIZONTE el 13 de julio de 2009 (fl. 195 Archivo 01ExpedienteDigitalizado) y finalmente se trasladó a COLFONDOS el 06 de enero de 2015 (fl. 25) donde ha cotizado desde marzo de 2015 un total de 220 semanas (fl. 14); **(iii)** que elevó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 06 de septiembre de 2019 (fl. 26 a 27), recibiendo respuesta desfavorable mediante misiva del 09 de septiembre de 2019 (fl. 28 a 29).

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 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.

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 los formularios de afiliación suscritos por el actor, 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.

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 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 PROTECCIÓN S.A. el cumplimiento de sus obligaciones legales para con su afiliada, el traslado de régimen pensional del que fue sujeto la demandante es ineficaz, razones que resultan suficientes para desestimar los argumentos del recurrente.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de las AFP demandadas, no existen razones jurídicas para que éstas no trasladen 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, incluyendo para tal efecto las sumas adicionales de la aseguradora, en caso que se hubieren recibido, rendimientos y los gastos de administración.

Al respecto, ha sostenido la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, dado que la ineficacia de la afiliación tuvo su origen en la conducta inapropiada de la administradora, le corresponde a ésta 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 PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS a cargo de sus propios patrimonios, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (*Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989, SL 1421-2019 y SL1689- 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.

Por lo expuesto, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se adiciona la sentencia de primera instancia en el entendido que debe ordenarse a PROTECCIÓN y PORVENIR la devolución de los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administraron los aportes de la accionante.

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 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.

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 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 investida 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 COLFONDOS, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante 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.

Finalmente se precisa en relación con lo expuesto en la sentencia SL3752-2020 de la Sala de Descongestión Laboral No. 4 de la Corte Suprema de Justicia, que no se revela que exista ninguna otra sentencia en la que se sostenga la tesis de los actos de relacionamiento dentro del RAIS para suponer cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y su modo de operar, amén de proferirse en sala de descongestión, por lo que no se estima que comporte un cambio de posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema.

Corolario de lo anterior, se adiciona la sentencia recurrida en los términos antelados y se confirma en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de COLFONDOS, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO SMMLV.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia No. 278 del 30 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** la devolución de los gastos de administración percibidos durante el tiempo que administraron los aportes de la accionante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMMLV.

Los Magistrados,



MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 49) de 2020)

Firma digitalizada para
actuación judicial



FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SALVO VOTO PARCIAL POR LA CONSULTA