

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARÍA DEL CARMEN ARCOS VIDAL
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL
PROCEDENCIA	JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-002-2018-00756-01
SEGUNDA INSTANCIA	AP Y CONSULTA COLP
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA y ADICIONA

SENTENCIA No. 209

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 DECISIÓN 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 PROTECCIÓN y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 97 del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado YANIER ARBEY MORENO HURTADO identificado con T.P. No. 276.708 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora **MARÍA DEL CARMEN ARCOS VIDAL** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que: 1) se declare la ineficacia del traslado que efectuó al RAIS, en consecuencia, se declare que es válidamente afiliada a COLPENSIONES; 2) se ordene el traslado de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y gastos de administración.

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 folios 3-23 demanda, 113-135 subsanación demanda, 102-173 contestación COLPENSIONES, 175-213 contestación PROTECCIÓN y 263-273 OLD MUTUAL.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 97 del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, se declaró no probados los medios exceptivos propuestos por las demandadas, accediéndose a la ineficacia de la afiliación con la AFP PROTECCIÓN y OLD MUTUAL, ordenando a COLPENSIONES aceptar el retorno de la demandante.

A la par, ordenó a PROTECCIÓN y OLD MUTUAL realizar el traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la accionante a COLPENSIONES.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que los fondos demandados eran los que tenían la obligación de acreditar la forma en que fue ilustrada la actora sobre el traslado de fondo, sin que en el presente asunto se hiciera presente alguno de los que intervinieron en la asesoría de la accionante, y de la prueba documental allegada no se evidencia que se hubiere informado de manera detallada los beneficios y limitaciones que producía el traslado al RAIS con respecto del RPM, no obstante que existe dentro del proceso un formulario de afiliación debidamente suscrito.

Señala que las accionadas se han limitado a negar las pretensiones de la demanda, citando normas alusivas al traslado de régimen sin que en ellas se evidencia defensa puntual sobre el tema de la ineficacia; y que como quiera que en la demanda se hace una afirmación de la falta de asesoría para dichos traslados eran las demandadas las llamadas a desvirtuar la aseveración.

Por lo anterior accede a la ineficacia del traslado, indicando que ello conlleva a que se traslade a la demandante a COLPENSIONES y proceder a retornar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS al RPM.

Frente a la prescripción señala que la acción no se extingue por prescripción, pues desde su nacimiento el acto no tiene validez.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se modifique el numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia con el fin de incluir dentro de los valores a trasladar a COLPENSIONES, todos los dineros ahorrados, los rendimientos, gastos de administración, debidamente indexados, lo anterior conforme el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

El presente asunto se estudia igualmente en el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispuesto en el art. 69 del CPT y SS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 29 de junio 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 10 a 12 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 S.A. y OLD MUTUAL S.A. cumplieron 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, esto es, el traslado a COLPENSIONES de los aportes, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada.

Se procede entonces a resolver tales planteamientos previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la demandante estuvo afiliada al Régimen de Prima Media entre el 10 de noviembre de 1980 y el 30 de abril de 1996, cotizando un total de 770,57 semanas (Fl. 25).
- (ii) Que la señora ARCOS suscribió formulario de afiliación a la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL el 11 de diciembre de 1995 (fl. 61 y 274), con efectividad a partir del 1 de enero de 1996 (fl. 215) luego a PROTECCIÓN S.A. el 20 de noviembre de 2006 (Fl.

- 66 y 216), con efectividad a partir del 1 de enero de 2007 (fl. 215) y posteriormente a SKANDIA el 10 de octubre de 2013 (Fl. 62 y 275).
- (iii) que el demandante presentó solicitud de anulación afiliación al RAIS ante OLD MUTUAL S.A. el 24 de abril de 2018 (Fls. 37-38), la cual fue negada mediante oficio del 26 de abril de 2018 (fls. 57-59)
 - (iv) Igualmente, radicó petición de nulidad de traslado ante COLPENSIONES la accionante el 24 de abril de 2018 (fls. 48-51) y a PROTECCIÓN el 25 de abril de 2018 (fls. 52-53), quien negó la petición en oficio del 17 de mayo de 2018 (fls. 54-55).

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 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 pudiese 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, específicamente, en los formularios de afiliación (Fls. 61, 62, 66, 75, 216 Y 274) 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.

Conviene advertir, que los comunicados y fragmentos de prensa con anuncios relativos al régimen de Ahorro Individual que se allegaron al proceso (fl. 283) no denotan el cumplimiento por parte de las Administradoras de su deber de información frente a la afiliada, en tanto ninguna referencia concreta al asunto de la accionante se hace en los mismos, para tener por cumplido el deber de asesoría que le asistía a las demandadas.

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 candidato a 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 este tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el 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 afiliación de la demandante al RAIS es 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 a 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 y gastos de administración, que derivan de las cotizaciones realizadas por el afiliado, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

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).

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 para tal efecto las cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de las aseguradoras, rendimientos y los gastos de administración.

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 indebida 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 debidamente indexados por la AFP PORVENIR a cargo de su propio 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 lo relativo a los rendimientos habría que indicar que estos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrados allí al fondo común de naturaleza pública que conforman tales aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse los aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecieran a este.

En consideración a lo anterior, se adicionará la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a SKANDIA hoy OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA DEL CARMEN ARCOS VIDAL, incluyendo aportes, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y primas, que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. Igualmente, se ordena a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES el valor de los gastos de administración que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

Finalmente, 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 tipo declarativo, y corresponden a 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 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.

Corolario de lo anterior, se adiciona el numeral 4 de la parte resolutive de la sentencia recurrida en el sentido de ordenar a SKANDIA hoy OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA DEL CARMEN ARCOS VIDAL, incluyendo aportes, rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y primas, que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. Igualmente, se ordena a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES el porcentaje de aportes correspondiente a gastos de administración y primas que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

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 el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia No. 97 del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de:

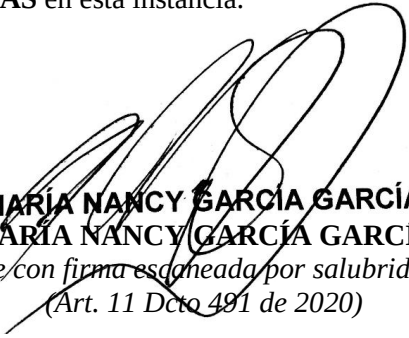
- Ordenar a SKANDIA hoy OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA DEL CARMEN ARCOS VIDAL, que incluyen aportes, rendimientos, bonos pensionales, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas, que recibió durante el tiempo que la

demandante estuvo afiliada a dicho fondo. Igualmente, se ordena a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES el valor de los gastos de administración que recibió durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

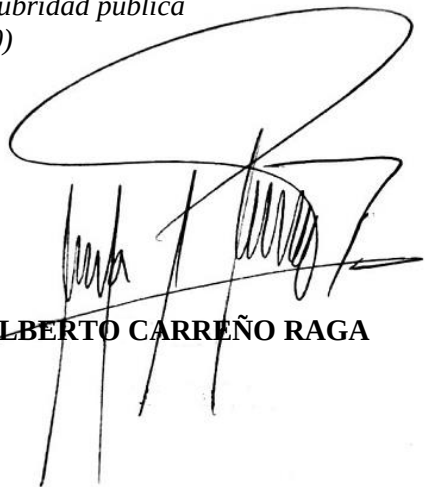
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: Sin COSTAS en esta instancia.

Los Magistrados,


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


FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

03