

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	ROSA INÉS CASTILLO VELÁSQUEZ
DEMANDADOS	COLPENSIONES, PROTECCIÓN y OLD MUTUAL
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2019-00047-01
SEGUNDA INSTANCIA	AP Y CONSULTA COLP
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 360

Santiago de Cali, veintinueve (29) de octubre 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°24 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 228 del 17 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada DANIELA VARELA BARRERA identificada con T.P. No. 324.520 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora **ROSA INÉS CASTILLO VELÁSQUEZ** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy OLD MUTUAL y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin que: 1) se declare nulo el traslado al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. realizado el 8 de abril de 1997, en consecuencia, 2) se ordene a PORVENIR S.A. el retorno de los aportes y sus respectivos rendimientos al RPM administrado por COLPENSIONES.

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 2-15 demanda, 52-56 contestación COLPENSIONES, 77-104 contestación PROTECCIÓN S.A. y 131-148 contestación PORVENIR S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 228 del 17 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, se declararon no

probadas las excepciones propuestas por los demandados y en su lugar se accedió a la ineficacia del traslado que efectuó la demandante del RPM al RAIS administrado por PROTECCIÓN el 23 de abril de 1997, el 10 de junio de 1999 a COLPATRIA hoy PROTECCIÓN y el 29 de septiembre de 2000 a HORIZONTES hoy PORVENIR.

En consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotización, bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración indexados, todos los frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del Código Civil. En igual forma a PROTECCIÓN, a devolver los gastos de administración indexados durante el periodo que administró los recursos de la demandante.

Condena en costas a COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN en la suma de \$100.000 para la primera y \$500.000 para la segunda y tercera.

Como argumentos de su decisión indicó el *A quo* que conforme a la línea pacífica de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, las AFP tienen el deber de información, independientemente de si el afiliado es beneficiario del régimen de transición, condición de género, *status* social, clase o profesión. Agrega igualmente que tampoco está condicionado al derecho al retracto, la reasesoría o traslados recíprocos entre fondos.

Sostiene que en el presente asunto no se allegó prueba alguna por parte de las AFP tendiente a demostrar que brindaron la información a la demandante, por lo que declara la ineficacia del traslado, ordenando el retorno de la accionante al régimen de prima media con el consecuente reintegro de los valores de la cuenta individual de la misma, incluyendo los gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la condena en costas teniendo en cuenta que el art. 365 del CGP ratifica el criterio objetivo de condenar en costas a la parte vencida en juicio o a quien se le resuelva desfavorablemente los recursos. Advierte que la Administradora no tuvo injerencia alguna en la decisión que de manera libre y voluntaria tomo la demandante de trasladarse. Agrega que la oposición a las pretensiones de la demanda es una conducta normal de COLPENSIONES y la misma se ciñó bajo claros preceptos normativos.

Indica que en el presente asunto la única condena en contra de COLPENSIONES sería reactivar a la demandante, pero la misma es una consecuencia lógica de la orden impartida, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen, en consecuencia, que no existe una condena que haya sido propiamente puesta en cabeza de la Administradora.

Expone además que en sede administrativa se negó el traslado de régimen argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y solo a través de un proceso judicial era viable solicitar la declaratoria de nulidad o ineficacia.

El apoderado de **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación indicando que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los recursos que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados. Señala que de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al sistema general de pensiones, la AFP descontaba un 3% para solventar los gastos de administración y pagar el seguro previsional a la compañía de seguros; y que este descuento se encuentra autorizado en el art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene que durante el tiempo que la accionante estuvo vinculada a PROTECCIÓN la AFP administró los dineros de la cuenta de ahorro individual de la misma, con la mayor diligencia y cuidado. En este orden, indica que no es procedente la devolución de los gastos

de administración, pues se trata de comisiones ya causadas durante la administración de la cuenta de ahorro individual de la actora, como contraprestación a una buena gestión y conforme lo autorizado por ley.

Refiere que, si la consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido debe entenderse que el contrato de afiliación nunca existió y por ende PROTECCIÓN nunca debió haber administrado los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora ROSA INÉS CASTILLO VELÁSQUEZ, en consecuencia, los rendimientos que generó dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración. Resalta que el art. 1746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas, con base en lo cual debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió el contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y mejoras, que en el caso del afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual generados por la buena gestión de la Administradora y la de la AFP son los gastos de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

El apoderado de **PORVENIR** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, arguyendo que, no existía una disposición normativa clara en cuanto a cuál era el contenido de la información que se debía otorgar a los afiliados. Indica que la carga de la prueba impuesta a las AFP por la jurisprudencia de las altas cortes resulta un imposible, teniendo en cuenta que no existía una directriz normativa de guardar soporte de la información brindada al afiliado.

Indica que las condiciones del régimen de ahorro individual cuentan con consagración legal por lo que este no puede ser una razón de peso para que se declare la ineficacia del traslado. Señala que la demandante no sólo se trasladó del RPM a RAIS sino que también hizo traslados horizontales en el régimen de ahorro individual lo que indica da cuenta de su conocimiento, más aun cuando ejecutó actos como continuidad de la realización de aportes, la solicitud de contraseñas, los traslados entre fondos pensionales y demás condiciones acreditadas en el *sub lite*.

Solicita que en el evento que se confirme la decisión de primer grado, se absuelva a la AFP de la condena por concepto de gastos de administración teniendo en cuenta que este rubro se genera en atención al ejercicio de una labor profesional efectivamente realizada, que generó rendimiento en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Reiterando el criterio expuesto por la apoderada de PORVENIR referente a las restituciones mutuas.

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 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, los apoderados de la parte demandada, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. que pueden ser consultados en los archivos 05, 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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR 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 3 de junio de 1967 y el 31 de diciembre de 1994, cotizando un total de 376 semanas (carpeta administrativa).
- (ii) Que la señora ROSE INÉS CASTILLO VELÁSQUEZ suscribió formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN el 8 de abril de 1997 (fl. 30 y 167), con efectividad a partir del 1 de junio de 1997 (Fl. 106), luego a COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. el 12 de mayo de 1999 (fl. 32 y 108).
- (iii) que el demandante presentó solicitud de afiliación a COLPENSIONES el 23 de abril de 2018 (carpeta administrativa), la cual le fue rechazada por la Administradora en oficio 2018_4535868-14560741 de la misma calenda (fl. 33), argumentando que se encontraba a menos de 10 años del requisito de tiempo para pensionarse.

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, específicamente, en los formularios de afiliación (Fls. 30, 32, 108 y 167) 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 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 ni PORVENIR 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.

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.

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.

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 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.

Corolario de lo anterior, se Confirma la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR por haberles sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, las cuales se liquidarán por el juez de conocimiento, se incluye como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a MEDIO SMLMV a cargo de cada una de las demandadas.

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,

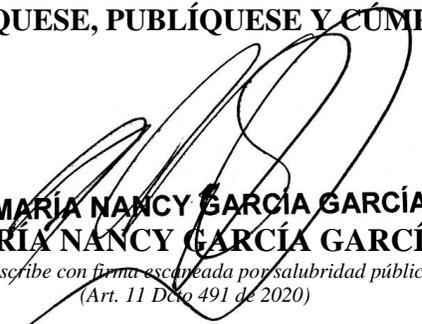
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 228 del 17 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR, se incluye como agencias en derecho de esta instancia el equivalente a MEDIO SMLMV a cargo de cada una de las demandadas.

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Deco 491 de 2020)*

Firma digital para
actuación judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


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