

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MARIA JUANITA SANTA SALDARRIAGA
DEMANDADOS	COLPENSIONES Y OTRO
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001-31-05-015-2019-00011-01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN Y CONSULTA
TEMAS Y SUBTEMAS	Ineficacia de Traslado de Régimen.
DECISIÓN	CONFIRMA

SENTENCIA No. 374

Santiago de Cali, veintiséis (26) de noviembre 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° 026 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN y consulta a favor de COLPENSIONES en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 340 del 4 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado JORGE ALBEIRO MORENO SOLIS identificada con T.P. No.253.865 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de Colpensiones.

ANTECEDENTES

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visible a folios 2 a 13 del archivo 01 expediente digital; en la contestación de PROTECCIÓN a folios 68 a 101 y en la respuesta de COLPENSIONES a folio 157 a 166, 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. 340 del 4 de noviembre de 2020 el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados y como consecuencia, declaró la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó la demandante del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN que data del 30 de noviembre de 1995.

A la par, condenó a **PROTECCIÓN** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere y gastos de administración durante el periodo que administró las cotizaciones de la demandante.

Condenó a **COLPENSIONES** a vincular válidamente a la actora en el régimen de prima media e impuso condena en costas a **PROTECCIÓN** en la suma de \$500.000 y a **COLPENSIONES** la suma de \$100.000.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que, siguiendo la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia, los fondos de pensiones deben obrar con diligencia y cuidado, demostrando que brindaron la información necesaria y suficiente sobre el régimen pues es un derecho de todos los afiliados, situación que no se demuestra con el formulario de afiliación, por ello indicó que no actuaron con la diligencia y cuidado que la ley les exige y hay lugar a retornar al demandante al RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN** indicó que se opone a la condena por gastos de administración, toda vez que la comisión de administración es aquella que cobra la AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de sus afiliados y de cada aporte del 16% del ingreso base de cotización que se ha reportado al sistema de pensiones, la administradora ha descontado el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la aseguradora, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003 y opera para ambos regímenes.

Por lo expuesto, consideró que no es procedente que se ordene la devolución de dichos emolumentos pues se trata de comisiones ya causadas durante la gestión de los recursos de la demandante.

Indicó que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende, **PROTECCIÓN** nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo, el artículo 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras, por lo que con base en eso debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien produjo unos frutos o mejoras que en el caso del demandante están representados en los rendimientos y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración que debe conservar, si en efecto hizo rentar el patrimonio de su afiliado.

Por lo expuesto, solicita se revoque el numeral correspondiente a la condena por gastos de administración.

En los aspectos que no fueron objeto del recurso de alzada, se estudiará el proceso en virtud del grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de **COLPENSIONES** conforme lo dispone el artículo 69 CPTSS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 07 de septiembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en términos 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 PROTECCIÓN cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su vinculación 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 rendimientos, gastos de administración y primas de seguro de invalidez y sobrevivencia.

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 Régimen de Prima Media desde el 27 de agosto de 1986 al 8 de noviembre de 1995, cotizando un total de 373,71 semanas (fl. 31); **(ii)** que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN a partir de diciembre de 1995 donde ha cotizado 1.201,86 semanas (fls. 34 a 49); **(iii)** que elevó solicitud de afiliación al sistema general de pensiones ante COLPENSIONES el 10 de diciembre de 2019 (fl. 50), recibiendo respuesta negativa a través de misiva de la misma calenda donde se le indicó que no era viable su solicitud por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (fl. 51).

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 (RPMPD), 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* del 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 de 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 simplemente de 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, nada se indica respecto las consecuencias que trajo 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 este 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 de lo expuesto estima la Sala, que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del 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 el afiliado, 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 del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, quien al recibir al actor 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 seguro de invalidez y sobrevivencia.

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 a cargo de su patrimonio, 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 medio del cual se compilaron las normas del Sistema General de Pensiones.

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, integrándose 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 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 no resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para Colpensiones y/o el actor.

Finalmente, en relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho 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 hacen relación a pretensiones de carácter declarativo, y 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. Sobre el tópico se pronunció la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida en los términos antelados. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) 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. 340 del 4 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN. Se fijan como agencias en derecho de esta instancia la suma de MEDIO (1/2) SMLMV.

Los Magistrados,


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

Firma digitalizada para
actuación judicial

FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA


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