



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA DOS DE DECISION LABORAL

Radicado 08-001-31-05-008-2018-00277-00/67683 A
EVELYN MARIA AVILA HERRERA contra ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS –COLFONDOS S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS
PROTECCION –PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES –COLPENSIONES
Acta No. 032

Magistrada Ponente Dra MARIA OLGA HENAO DELGADO

Barranquilla, diez (10) de julio de dos mil veinte (2020)

La Sala Dos de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior Barranquilla integrada por los Magistrados Doctores MARIA OLGA HENAO DELGADO como ponente, CESAR RAFAEL MARCUCCI DÍAZGRANADOS Y FABIAN GIOVANNY GONZALEZ DAZA como acompañantes, proceden a dictar sentencia escrita conforme lo dispone el art 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por EVELYN MARIA AVILA HERRERA contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS –COLFONDOS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION –PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, RADICADO 08-001-31-05-008-2018-00277-00 /67683 A

OBJETO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla el 10 de diciembre de 2019.

TEMA

Ineficacia del Traslado de régimen pensional

ANTECEDENTES RELEVANTES

Señala la demandante que nació el 14 de Abril de 1962, ha estado vinculada laboralmente a diversas entidades realizando aportes al I.S.S. hoy Colpensiones hasta abril de 1995 con ocasión de una campaña masiva en el departamento de recursos humanos de la compañía donde laboraba le fue ofrecida la afiliación a Colfondos –S.A , sin que se cumpliera con la obligación profesional de buen consejo y asesoría integral , sin ilustrarle sobre los efectos del cambio de régimen pensional y la automática pérdida de los beneficios del régimen de prima media ,petición a la que accedió por desconocimiento de las implicaciones que ello le traería. A analizar su historial laboral observa que su mejor opción de pensión se encontraba en el RPM con el I.S.S. Si bien la ley 797 de 2003 otorgó un término de gracia para que los afiliados pudieran trasladarse nuevamente al RAIS, siendo obligación del fondo privado haberle dado aviso de ello, y no lo hizo, lo que debería aparejar consecuencias jurídicas como sería nulidad o ineficacia de

la afiliación. Continuó vinculada a Colfondos pasando por otras AFP, de las cuales nunca recibió buen consejo en cuanto concierne a la proyección de pensión comparada, que solicitó a Colpensiones el retorno al RPMPD el 27/07/2018 siéndole negada. Que el 2/06 de 2018 PROTECCION S.A. emitió una proyección pensional, manifestándole que al momento de cumplir la edad de pensión esta quedará en un monto de \$4.369.979, con la advertencia de que dicha proyección puede variar de acuerdo a las condiciones del mercado financiero, es decir, el valor de la mesada pensional puede ser inferior; que se afecta su mínimo vital con una disminución de sus ingresos en más de un más de un 67%.

Conforme a ello solicita se declare la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual y se ordene su regreso a y vinculo al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, se condene a la AFP Protección S.A., a devolver a la administradora del régimen de prima media Colpensiones el valor de la cuenta de ahorro individual del actor, lo que comprende todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses conforme el artículo 1746 del CCo, con los rendimientos que hubieren causado durante su administración, extra y ultrapetita, costas.

La demanda de la referencia fue admitida mediante providencia del 4 de septiembre de 2018 (fl. 46), una vez notificado dicho auto a la parte demandada, se procedió a dar contestación al libelo así:

COLPENSIONES (FL. 48 a 51), se opuso a las pretensiones, y sobre los hechos indicó que son ciertos: 1,2,8,9, Y NO LE CONSTABAN LOS DEMÁS. Propuso como excepción previa la Falta de Agotamiento de la Reclamación administrativa propuesta; y como excepciones de fondo, las que denominó: Inexistencia del derecho reclamado y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción.

PROTECCION S.A. (FL. 89 a 97) se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos expresó que es cierto el 1, que no le constaban 2, 3, 8 a 11, que no eran ciertos: 4, 5, 6, 7. propuso como excepciones inexistencia de obligaciones, prescripción, buena fe.

COLFONDOS S.A. (fl. 129 a 147) sobre los hechos indicó que son ciertos: 1, 2; no eran ciertos: 4,6,7, no le constaban los restantes. Se opuso a las pretensiones y planteó como excepciones prescripción caducidad, improcedencia de la nulidad de la afiliación, ausencia absoluta de responsabilidad, inexistencia de la obligación y causa para pedir, improcedencia de condena en costas, buena fe de Colfondos S.A., Compensación.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA Y FUNDAMENTOS

Mediante sentencia calendada 10 de diciembre de 2019, resolvió declarar la ineficacia del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad materializado a través del formulario suscrito con Colfondos S.A. y posteriormente con protección S.A., entendiéndose que siempre estuvo

afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones, la cual deberá recibir la totalidad de los aportes provenientes del RAIS. Otorgar un término de 10 hábiles a la AFP PROTECCION S.A. para una vez ejecutoriada la presente decisión proceda a adelantar las gestiones necesarias para materializar el traslado. Se ordena a Protección S.A. realizar la devolución ante COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora EVELYN AVILA HERRERA con sus respectivos rendimientos financieros. Se ordena a Colpensiones a recibir los referidos valores y a aceptar a la demandante como vinculada al régimen de prima media con prestación definida en los términos de la vinculación inicial; declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandada. Costas a cargo de Colfondos S.A.

La a quo alude a las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, radicados SI12136, SI1688/2019, e indica que del análisis de los elementos de convicción allegados no existe prueba que Colfondos S.A. y Porvenir S.A. hubieren cumplido con su deber legal de información adecuada suficiente, cierta y comprensible y hubiera indicado a la actora los beneficios en inconvenientes del traslado, tampoco le pusieron de presente el derecho de retracto, de la posibilidad de regresar al Régimen de Prima Media, lo cual no tuvo conocimiento durante el tiempo que pudo ejercerlo, no se probó que se le hubiera realizado un estudio del traslado como era deber de la AFP. Sobre el formulario respecto del que se aduce expresa la voluntad libre en cuanto a la escogencia del régimen privado, ello no suple el deber de informar, que se le hayan indicado aspectos relevantes para su pensión. No se le brindó una asesoría seguida de la proyección pensional, lo que solo acaeció con posterioridad, en virtud de la proyección alentada por Protección, conforme a lo cual, tomó la decisión de adelantar dicho trámite; Finalmente en cuanto a la excepción de prescripción alude a la sentencia SL 1689/19. Costas a cargo de AFP Colfondos.

ALCANCES DE LA APELACIÓN

La apoderada de Colfondos manifiesta su inconformidad con la condena impuesta por costas, teniendo en cuenta que la hoy demandante estuvo afiliada cumpliendo los requisitos de ley, por lo que su afiliación en su momento fue válida, Colfondos dio inicio a la presente acción judicial, dio respuesta a la solicitudes de la actora, las costas no se causaron y no se encuentran acreditadas dentro del proceso, por lo que solicita sea revocado el numeral 6 de la sentencia.

El apoderado de Colpensiones manifiesta su inconformidad con la sentencia al señalar que la actora no cumple con los requisitos legales para regresar al RPM ya que no efectuó el traslado en el periodo establecido para ello, según las reglas jurisprudenciales consignadas en las sentencias de la Corte Constitucional a saber C/789 de 2002, C/1024 de 2004, SU 062 2010 SU 052 2010 130/13. La decisión de nulidad pone en riesgo la sostenibilidad del sistema financiero, así mismo en sentencia de constitucionalidad C-1024 y C-062 que establecen que el objetivo establecido con el periodo de carencia es evitar la descapitalización del fondo común del régimen de prima media.

TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Mediante auto del 10 de marzo de 2020 (fol. 361) en virtud del art. 82 del C.P.T. y S.S., mod., artículo 13 Ley 1149 de 2007, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Posteriormente por auto del 16 de junio de 2020, en cumplimiento de lo previsto en el art. 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, se corrió traslado a las partes y dentro el término concedido los apoderados de ambas partes, presentaron alegatos de conclusión, no existiendo a juicio del tribunal causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia de mérito previas las siguientes

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

El objeto de la presente Litis se circunscribe en determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado que efectuó la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

HECHOS ACREDITADOS

De conformidad con los elementos probatorios allegados al expediente en forma legal y oportuna, analizados conformes las reglas de la experiencia y la sana crítica, la Sala tiene por acreditado:

- 1.-La vinculación de la demandante al I.S.S. hoy Colpensiones según lo manifestado por esta última en la contestación al libelo, al dar respuesta al hecho segundo; lo que se apoya con la documentales visibles a folios 52 a 54, allegadas por la citada parte.
- 2.-El traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos, según copia de formato de vinculación visible a folio 183 del expediente que data del mes de abril de 1995.
- 3.-El traslado, dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad a Protección S.A. (fl.186, 187)

ARGUMENTOS RELEVANTES PARA RESOLVER

En atención a los límites de la apelación previstos en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S. la Sala debe establecer si en este caso particular se cumplen con las condiciones para que la actora retorne al régimen de prima media con prestación definida. Finalmente si hay lugar a condena en costas, según lo considerado, y los efectos de la declaratoria de ineficacia, frente a la sostenibilidad del sistema general de pensiones.

Para ello, debe precisarse que conforme lo tiene establecido el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, la selección o vinculación a cualquiera de los regímenes pensionales, ya sea <régimen de prima media con prestación

definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad> es libre y voluntaria por parte del afiliado, precepto que también se encuentra contemplado en el literal e) del art. 13 ibídem al estipular que “los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran (...) el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

*A su turno, el artículo 271 de la ley 100 de 1993, consagra lo relativo a las SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud¹ en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario.(...) **La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.** (...)” (Negrita fuera del texto), ello en consonancia con el artículo 271 ibídem.*

No es un hecho discutido que la actora se encontraba afiliada al I.S.S., hoy Colpensiones y que el año 1995, en el mes de abril, procedió su traslado al RAIS administrado por COLFONDOS sin que se hubiere cumplido con el deber de información a cargo de este último en cuanto concierne a los efectos del traslado entre regímenes. En efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL17595 del 18 de octubre de 2017, Rad. 46.292, entre muchas otras, ha indicado que cuando se discute el traslado de régimen pensional, el Juzgador debe previamente verificar si existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, es decir, corresponde analizar la eficacia del mismo, pues a juicio de esa Alta Corporación una inoportuna o insuficiente asesoría, son indicativos que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla, lo que la torna en ineficaz.

Los elementos de convicción allegados, a saber, la prueba documental como y el interrogatorio de parte rendido por la actora, permiten concluir, sin prueba que lo infirme, que no se logró acreditar por Colfondos entidad respecto de la que se efectuó el traslado inicial entre regímenes, que a la demandante se le haya ilustrado plena y oportunamente sobre los riesgos y ventajas del RAIS, tornando el traslado de régimen en ineficaz. Es de agregar que “...la violación del deber de información se predica frente a la validez del actor jurídico de traslado, considerado en sí mismo”, lo cual ha sido reiterado, más recientemente, en sentencia SL1689/19, según lo concluyó la jueza a quo.

Las consecuencias de la declaratoria ineficacia, según postura reiterada de la misma H. Corporación, la cual ha sido acogida por esta Sala de Decisión, es volver las cosas al mismo estado en que se hallarían sino hubiere existido el acto de afiliación, estando a cargo del fondo privado de pensión trasladar a Colpensiones el capital ahorrado y rendimientos financieros, gastos de

administración y comisiones. Así, más recientemente en providencia SL4360/19, se dijo: “...En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”. y en sentencia SL3464/2019, dispuso además “...En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. (...) Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).”(...).“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados».”

Si bien las providencias a las que alude el apoderado de Colpensiones al expresar su inconformidad, plantean una serie de sub reglas y establecen unos parámetros dentro de los cuales operaba el traslado entre regímenes, más específicamente para aquellas personas que vinculadas al régimen de prima media, se trasladaran el régimen de ahorro individual y decidieran retornar al primero, con la finalidad de conservar el eventual beneficio que se derivaba del régimen de transición, en el caso que se estudia, independientemente del beneficio transicional, lo que se busca reivindicar es el derecho de un afiliado respecto del cual se incumplió el deber de información ilustrándolo plena y oportunamente sobre los riesgos y ventajas del RAIS, a fin que su traslado estuviera presidido de su consentimiento informado. De ahí que, al tratarse de cuestiones diferentes, no existen parámetros de comparación que impliquen el estudio del sub examine a la luz de las citadas sentencias. Aunado a ello, las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, además de volver las cosas a su estado, implican para la entidad de prima media receptora, recibir el capital ahorrado y rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, lo que tiene como fuente los aportes efectuados por el afiliado durante la vida laboral, de ahí que ello no debe implicar per se, una afectación a la sostenibilidad del sistema, según la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones.

Finalmente en lo que respecta a la naturaleza de las costas procesales, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-539 del 28 de julio de 1.999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, dijo: “..Las costas pueden ser definidas como aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial. Esta carga económica corresponde, por una parte, a las expensas, es decir, todos aquellos gastos necesarios para el trámite del proceso distintos del pago de

apoderados (honorarios de peritos, impuestos de timbre, copias, gastos de desplazamiento en diligencias realizadas fuera de la sede del despacho judicial, etc....)”

Conforme a lo indicado y teniendo en cuenta que durante el desarrollo del proceso las partes deben realizar una serie de gastos legales que constituyen las expensas judiciales que en principio corren por cuenta de cada interesado, éstas al final serán a cargo de quien pierda el juicio, a quien le corresponde asumir las expensas causadas, entre las que se hallan las agencias en derecho, siendo preciso indicar que el criterio para su procedencia contra la parte vencida en el proceso es puramente objetivo, siempre y cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, por lo que considera la Sala que la decisión tomada por el A-quo dentro del asunto sub examine sobre el particular se ajusta a derecho, por cuanto la parte demandada resulto vencida y las costas se causaron por la actuación desplegada por el apoderado judicial de la parte demandante, de tal forma que se estima acertada la decisión respecto de la imposición de costas en primera instancia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS – COLFONDOS S.A, por su causación en esta instancia, la fijación de agencias en derecho se hará por auto separado de conformidad a lo establecido en el Art. 365 y 366 del C.G.P. y el Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 expedido por el Consejo Superior de La Judicatura Sala Administrativa.

DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala Dos de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

- 1. Confirmar la sentencia apelada de fecha 6 de diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Barranquilla.*
- 2. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada Sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS – COLFONDOS S.A, por su causación en esta instancia, la fijación de agencias en derecho se hará por auto separado.*

Cópiese, Notifíquese, Publíquese y de no interponerse recurso de casación en oportunidad al juzgado de origen. Se deja constancia que la sentencia fue estudiada, discutida y aprobado en Sala virtual.

MARÍA OLGA HENAO DELGADO
RAD 67683 A

CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS FABIAN GIOVANNY GÓNZALEZ DAZA.