

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|---------------------------|---|
| CLASE DE PROCESO | ORDINARIO LABORAL |
| DEMANDANTE | ALBA MARINA GIL DIEZ |
| DEMANDADOS | COLPENSIONES y OTROS |
| RADICACIÓN | 76001 31 05 003 2022 00556 01 |
| JUZGADO DE ORIGEN | TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO |
| ASUNTO | CONSULTA, INEFICACIA DE AFILIACION |
| MAGISTRADA PONENTE | MARY ELENA SOLARTE MELO |

ACTA No. 77

Santiago de Cali, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 del 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARIA ALZATE VERGARA, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante contra la sentencia No. 49 del 18 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 277

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la ineficacia del traslado realizado del régimen de prima media-RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD –RAIS-, se ordene su vinculación al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM-.

Las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. contestaron la demanda.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, por sentencia No. 49 del 18 de abril de 2023, absolvió a las demandadas.

Consideró la *a quo* que la demandante no tuvo afiliación inicial al RPM, por tanto, no podría declararse ineficaz un acto jurídico que no se realizó. Cita como fundamento de su decisión la sentencia SL 1806 del 31 de mayo de 2022, donde señaló que la ineficacia de la afiliación no opera en aquellos casos en los cuales se pretende invalidar la selección inicial sin afiliación previa o vinculación al Sistema General de Pensiones, pues no sería posible revertir las cosas al estado en el que se encontraban para el momento de traslado al constituir una situación jurídica inexistente.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se examina por consulta en favor de la parte demandante -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14, Ley 1149 de 2007-.

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del plazo conferido, no se presentaron alegatos de conclusión.

2. CONSIDERACIONES

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

2.1. PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, corresponde a la Sala resolver si la vinculación de la demandante al RAIS resulta ineficaz, de ser así, si procede su traslado al RPM, junto con los dineros recibidos con motivo de su afiliación.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se revocará**, por las siguientes razones:

Es preciso indicar que tanto en el caso de la afiliación inicial al sistema general de pensiones como cuando se presenta un traslado entre regímenes, se deben cumplir los mismos requisitos para que la misma sea válida.

Frente a la escogencia de régimen pensional, prevé el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 que: **“La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley.”**

Y a su vez, de manera expresa el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 consagró multas y sanciones para el empleador o 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”, con la consecuencia que “La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador (...).”**

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, señala que los afiliados al Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, **podrán seleccionar cualquiera de los dos regímenes que lo componen.**

Y a su vez, el inciso 2° del Art. 2 del Decreto 1642 de 1995, que reglamenta la afiliación de los trabajadores al Sistema General de Pensiones, establece que **“La selección de cualquiera de los dos regímenes previstos en la ley es libre y voluntaria por parte del trabajador, y se entenderá efectuada con el diligenciamiento del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria”**

La demandante se vinculó válidamente al RAIS administrado inicialmente por PORVENIR S.A., desde el 20 de marzo de 1996¹ hasta el 01 de febrero de 2015², fecha en la que se reporta un traslado a PROTECCION S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha.

El artículo 11 del Decreto 692 de 1994, establece que el trámite para la selección y vinculación que implica la aceptación de las condiciones propias del régimen para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, debe ser libre y voluntario por parte del afiliado, manifestando sin lugar a dudas, que exista la voluntad y el consentimiento debidamente informado de cuáles son las condiciones en las que se va a verificar esa vinculación.

Cuando el afiliado vincula por primera a uno de los regímenes pensionales, en el formulario se deberá consignar que la decisión se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, para lo cual el formulario puede contener la leyenda pre impresa en ese sentido, pero esto no libera a las administradoras de la obligación de explicar a los afiliados las condiciones que implica la vinculación a un régimen, sus beneficios y desventajas.

A este respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en **sentencia del 3 de septiembre de 2014**, radicación 46292, SL12136 MP. Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó que para efectos de optar por alguno de los dos (2) regímenes pensionales existentes “...el literal b) del artículo 13 de Ley 100 de 1993 dispuso la obligatoriedad de que tal manifestación fuera libre y voluntaria, y contempló como sanción, en caso de que ello no se concretara, una multa hasta de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente, además de que «la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador»;...”

Refiere además la Corporación que, cuando están en juego aspectos tan trascendentes como la conservación del régimen de prima media con ley 100 de 1993 y sus reformas, o la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se hace necesario, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro, pues a su juicio, **“no podría argüirse que existe una manifestación libre**

¹ Pdf. 09. ContestacionPorvenir, Cuaderno del Juzgado, fl. 96.

² Pdf. 04. ContestacionDemandaProteccion, Cuaderno del Juzgado, fl. 25.

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.

Además, ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, las AFP tiene el deber de brindar información a los afiliados o usuarios sobre el sistema pensional, correspondiendo a los jueces evaluar el cumplimiento de esta obligación; sin que sea suficiente para acreditar el cumplimiento de este deber, el simple consentimiento plasmado en el formulario de afiliación, por lo que se requiere de un «consentimiento informado», pues se trata de que el afiliado tenga elementos de juicio que le permitan evaluar la trascendencia de la decisión que adopta, correspondiendo la carga de la prueba respecto a estos aspectos relacionados con el suministro de información a los fondos de pensiones, operando una inversión de la carga probatoria en favor del afiliado demandante³.

Además, la Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y

³ CSJ SL 31989, 9 sep. 2008; CSJ SL 31314, 9 sep. 2008; CSJ SL 33083, 22 nov. 2011; CSJ SL12136-2014; CSJ SL19447-2017; CSJ SL4964-2018; CSJ SL4989-2018; SL19447-2017; SL 1452-2019; SL 4360-2019.

macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas traído en la sentencia mencionada en precedencia.

| Etapas acumulativas | Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información | Contenido mínimo y alcance del deber de información |
|----------------------------|--|---|
| Deber de información | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, | Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los |

| | | |
|--|--|--|
| asesoría y buen consejo | | pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación al RAIS, y con el que se dio el traslado dentro de este régimen, le suministraran a la afiliada una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, las únicas pruebas que reposan en el expediente son las suscripciones de unos formularios de “solicitud de vinculación” por parte de PORVENIR S.A.⁴ y PROTECCION S.A.⁵, situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en ellos se impone en forma genérica la leyenda de que la escogencia del Régimen de Ahorro Individual se realizó “en forma libre, espontánea y sin presiones”.

Así pues, no se demuestra que PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto es que, a pesar de que PROTECCION S.A. realizó una doble asesoría el 22 de marzo de 2022⁶, no se realizó ninguna proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si se vinculaba al RPM, cotejando con las modalidades y condiciones a los que tendría derecho en el RAIS, ni se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes, y demás condiciones y diferencias entre los dos regímenes pensionales, así como beneficios y desventajas, con lo cual se concluye que no han cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia⁷.

⁴ Pdf. 09. ContestacionPorvenir, Cuaderno del Juzgado, fl.95.

⁵ Pdf. 04. ContestacionDemandaProteccion, Cuaderno del Juzgado, fl. 19 y 20.

⁶ Pdf. 04. ContestacionDemandaProteccion, Cuaderno del Juzgado, fl. 52 a 54.

⁷ CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

No hay prueba en el expediente, y tenían PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se genera la ineficacia de la afiliación, en razón a que la vinculación o afiliación al RAIS en estos términos no es válida.

En este punto es preciso indicar que a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, coexisten en Colombia dos regímenes pensionales el RPM y el RAIS, que, pese a su coexistencia, son excluyentes entre sí. Hoy por hoy el fondo que por antonomasia administra el RPM es COLPENSIONES, por lo que es el llamado a afiliarse a la demandante, pues de tenerse como ineficaz la afiliación al RAIS con PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., la única opción que le emerge a la actora es el RPM⁸.

Respecto de las implicaciones como consecuencia de la ineficacia y/o nulidad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, estableció que, tanto para la ineficacia como para la nulidad del traslado de régimen, “...que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda ...” y esta es que se debe declarar que “...el negocio jurídico no se ha celebrado jamás”, sosteniendo que:

“Ahora bien, 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. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos 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).”

⁸ CSJ SL1918-2022.

En sentencia SL 584-2022, señaló que las AFP, al declararse una ineficacia y/o nulidad de traslado deben trasladar las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, así:

“Así mismo, con cargo a lo explicado en providencia CSJ SL3199-2021, atrás citada, también debe modificarse el fallo del a quo, para condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las comisiones y gastos de administración cobrados a la demandante, que deberá indexar, así como los valores utilizados en seguros previsionales y la garantía de pensión mínima, que le corresponderá asumir con cargo a sus propios recursos. Lo anterior, se repite, dado que la declaratoria de ineficacia presupone que el administrador del régimen de prima media reciba los recursos por aportes de la afiliada, como si el acto de traslado nunca hubiera existido.”

Así las cosas, son estas consecuencia aplicables si se trata de nulidad de afiliación, y por ello se revocará la sentencia, en su lugar, se ordenará a PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales si los hubiera, las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses; y a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. trasladar los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, conforme lo señala la jurisprudencia⁹, indexados y con cargo a sus propios patrimonios. Además, deberán discriminar los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y demás información que sea relevante, para el cumplimiento de lo ordenado se otorgará un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de la sentencia.

Por su parte, COLPENSIONES como administradora del RPM, deberá aceptar la vinculación de la demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales, y actualizar y entregar a la demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

⁹ “Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, 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 desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos 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)”.

No prospera la prescripción, pues en tratándose de derechos en materia de seguridad social, como lo es la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia¹⁰.

Conforme a lo expuesto se revocará la sentencia bajo estudio. Se causan costas en primera instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. en favor de la demandante. El a quo fijará y liquidará las costas. No se causan costas por la consulta <artículo 392 CPC, modificado artículo 365 CGP, aplicable por analogía, artículo 145 CPTSS>.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia No. 49 del 18 de abril de 2023 proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI.**

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia de la afiliación que realizó la señora ALBA MARINA GIL DIEZ, de notas civiles conocidas en el proceso, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, administrado inicialmente por PORVENIR S.A. y después por PROTECCION S.A.

TERCERO.- CONDENAR a **PROTECCION S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la señora **ALBA MARINA GIL DIEZ** como cotizaciones, rendimientos, incluyendo bonos pensionales si los hubiera, las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, los gastos de administración indexados y con cargo a su propio patrimonio; deberá discriminar los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y demás información que sea relevante, para el efecto se le otorgará un plazo de treinta (30) días contados desde la ejecutoria de la sentencia.

¹⁰ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

CUARTO.- CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a **COLPENSIONES** los gastos de administración indexados y con cargo a su propio patrimonio; deberá discriminar los valores a trasladar, con ciclos, periodos de cotizaciones, IBC, y demás información que sea relevante, para el efecto se le otorgará un plazo de treinta (30) días contados desde la ejecutoria de la sentencia.

QUINTO.- IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar la vinculación de la señora **ALBA MARINA GIL DIEZ** al Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPM, sin solución de continuidad ni cargas adicionales y acreditar la totalidad de cotizaciones realizadas en el RAIS, así como también actualizar y entregar a la demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

SEXTO.- COSTAS en primera instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. en favor de la demandante, las que serán fijadas y liquidadas por el a quo conforme el Art. 366 del C.G.P. **SIN COSTAS** en esta instancia.

SEPTIMO.- NOTIFIQUESE esta decisión por EDICTO.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 006 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fbcec8842be5d43ebccf303799c2f1dbe126c9b60be311071212fda6bb467f5d**

Documento generado en 28/09/2023 06:14:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>