

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ANA DOLORES CALLE SORACÁ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 008 2020 00213 01
JUZGADO DE ORIGEN:	OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 031

Santiago de Cali, nueve (9) de abril de dos mil veintiuno (2021)

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, 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 COLPENSIONES y los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia 267 del 15 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 104

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual – RAIS, ordenar su regreso automático al régimen de prima media – RPM.

PARTE DEMANDADA

PROTECCIÓN S.A.

En su contestación manifestó que la actora se traslado el 18 de octubre de 1995 a ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad el 1 de noviembre de 1995, y se le brindó toda la información necesaria para que tomara una decisión consciente y libre de coacción, respecto del traslado de régimen pensional.

Se opone a las pretensiones en su contra y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de la afiliación a Protección s.a., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Porvenir s.a., inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta a terceros de buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación, innominada o genérica”*.

COLPENSIONES

Manifiesta no constarle la mayoría de los hechos.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones contra la entidad y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A.

Da contestación a la demanda manifestando que la afiliación fue realizada de manera libre e informada, después de haber sido asesorada la demandante sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones dirigidas contra la sociedad y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 267 del 15 de octubre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del ISS hoy COLPENSIONES a DAVIVIR S.A., hoy PORVENIR S.A. ORDENÓ a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones integras que incluye gastos de administración debidamente indexados y rendimientos.

ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esta AFP. Determinando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado de PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad, pues no existían razones para la declaración de ineficacia del traslado, dado que no se probó la falta de algún requisito en el acto de afiliación, y por ende no podría decretarse la nulidad del cambio de régimen, pues no se acreditó la incapacidad de la demandante. Manifestó que de presentarse alguna irregularidad en la afiliación, se trataría de una nulidad relativa, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sujetas al fenómeno prescriptivo.

Expresa que el consentimiento informado se materializó con las suscripciones de los formatos de afiliación a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., las asesorías que recibió de los fondos y los actos que ejecutó dentro de los mismos, como realizar los aportes a pensión, y que PORVENIR S.A. siempre garantizó el derecho de retracto.

La afiliación se dio de manera ajustada a la normatividad vigente y fue una consciente, libre y espontánea, en ejercicio del derecho de libre elección. Argumenta

que el deber de información, no estaba reglamentado para cuando ocurrió el traslado con PORVENIR S.A.

Afirmó que se ha presentado excepción de prescripción de la acción, que no fue tenida en cuenta por el *a quo*, al respecto manifiesta que no está en discusión el derecho pensional sino la afiliación, en busca de un mayor valor de mesada pensional.

En el caso de confirmarse la decisión, solicita se revoque el numeral cuarto de la sentencia, al no estar de acuerdo con la condena en gastos de administración; argumenta que estos se encuentran autorizados por la ley, tratándose de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual, labora que la entidad ha efectuado con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros. Adicionalmente expresa que la Superintendencia Financiera ha establecido que en los casos de nulidad o ineficacia del traslado, no deben trasladarse los gastos de administración y estos no hacen parte de la pensión y son propiedad de la AFP por la administración de los aportes de sus afiliados, estando también afectados por el fenómeno prescriptivo y se deben compensar con los rendimientos financieros.

También presenta inconformidad frente a la valoración del interrogatorio de parte de la demandante, pues se dijo que con este se corroboraba la falta de información, sin hacer la valoración de dicha prueba conforme al artículo 191 del C.G.P., pues sus manifestaciones iban encaminadas a favorecer sus pretensiones.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. sustenta su recurso, manifestando que no es procedente la condena en gastos de administración que se encuentran autorizados por la ley; dice que se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual. Asegura que la entidad ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros. Afirmó que de acuerdo al artículo 1746 del C.C., no se pueden desconocer las prestaciones acaecidas, pues si se aplica la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante las restituciones mutuas y no unilaterales, si el contrato nunca existió, PROTECCIÓN S.A. nunca administró los aportes de la demandante y por ende nunca se debió cobrar los gastos de administración, ni se generaron rendimientos.

El apoderado de COLPENSIONES manifiesta que la demandante se encuentra en la prohibición de traslado de régimen, faltándole 10 años o menos para alcanzar la

edad pensional. Por otro lado, dice que durante el interrogatorio de parte, se pudo establecer que la demandante no es una afiliada lega, y tiene educación suficiente para comprender las implicaciones de su traslado de régimen.

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

TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Conforme el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión.

Dentro del plazo conferido, la parte demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES 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, la Sala procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es ineficaz el traslado de régimen de la demandante?, o por el contrario, ¿es válida su afiliación al RAIS?, y de ser lo primero, ¿procede su retorno automático al RPM, con la devolución de los dineros recibidos con motivo de su afiliación, en la forma decidida por el *a quo*? Se debe establecer si es procedente la devolución de los gastos de administración y rendimientos.

Además se deberá analizar el interrogatorio de parte rendido por la actora, a efectos de determinar si lo dicho constituye prueba de cumplimiento del deber de información.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

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

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 venía vinculada válidamente al RMP desde el 24 de agosto de 1987 (23ExpedienteAdministrativo202000213) hasta el 18 de octubre de 1995 (19ContestacionProteccion), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., posteriormente el 11 de junio de 1997 se traslada a PORVENIR S.A. (25ContestacionPorvenir20200021300), 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 se traslade por primera vez del RPM al RAIS, en el formulario se deberá consignar que la decisión de trasladarse 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 implican el traslado de un régimen a otro, 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 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 demandante¹.

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 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”.

¹ 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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y con el que se dio el traslado entre AFPS´s del RAIS, le suministraran al afiliado 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, pues la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación”, situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él 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 la AFP del RAIS haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto es que no se realizó ninguna proyección sobre la posible suma a la que ascendería su pensión en comparación con lo que percibiría si continuaba en el 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 ha cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia².

No hay prueba en el expediente, y tenían PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se genera la ineficacia del cambio de régimen, en razón a que la vinculación o afiliación al RAIS en estos términos no es válida, y en este sentido, no hay lugar a aceptar los argumentos sobre la valoración del interrogatorio de parte, pues la ineficacia del traslado no se declara meramente por lo manifestado por la demandante en su interrogatorio, sino en virtud de “...la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo...” de las administradoras del RAIS.

Respecto al argumento de COLPENSIONES, sobre las condiciones académicas de la demandante, es preciso reiterar lo manifestado por en Sentencia SL1452-2019, donde se establece que los afiliados, “... no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones.”, de donde se desprende que son diferentes variables las que demuestran la asimetría entre afiliado y AFP y no únicamente las condiciones educativas de los afiliados, por tanto considera la Sala que en el presente caso no se desvirtúa la asimetría a que hace referencia el Tribunal de cierre en materia Laboral.

Así las cosas, resulta procedente la devolución de todos los valores que hubiera recibido PORVENIR S.A. con motivo del traslado y afiliación de la actora, tal como lo determino la a quo; así como la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. de los gastos de administración debidamente indexados; debiendo adicionar la sentencia para CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y establecer que los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.; se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

Respecto a la excepción de prescripción que fuera propuesta, considera la sala que no prospera, 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 jurisprudencia³.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos en los recursos, frente a la devolución de los gastos de administración, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia ha señalado en reiteradas ocasiones que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional del afiliado, trae como consecuencia retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de que se produjera dicho traslado, como si ese acto jurídico jamás se hubiese producido, siendo también procedente el reintegro de dichos gastos de administración por parte de las AFP del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Para el efecto se pueden consultar las sentencias SL 31989-2008, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL 3464-2019 y SL4360-19.

³ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en favor de la demandante, dada la no prosperidad de la alzada. 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.- ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia 56 del 23 de junio de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses.

CONDENAR a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a devolución de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

IMPONER a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado.

CONFIRMANDO en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 56 del 23 de junio de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000, para cada una de ellas. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

CUARTO.- NOTIFÍQUESE esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/16>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARY ELENA SOLARTE MELO

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

MARY ELENA SOLARTE MELO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

Despacho 006 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

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:

d633935dbd2566ba3f780b4d571d0bf29c8816430ffa4119b2a0dbf9820d7e56

Documento generado en 09/04/2021 07:25:22 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>