

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	RODRIGO SALDARRIAGA ORTIZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
LITISCONSORTE:	COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 012 2019 00247 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DOCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 28

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 JOSE 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 el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia 181 del 22 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 096

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS y se ordene el traslado al régimen de prima media con prestación definida – RPM y la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Contestación a la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción”*.

PROTECCIÓN S.A.

Manifestó que la asesoría se realizó con total profesionalismo y ética. Todos los asesores contaban con instructivo o guía que debían seguir para asesorar de forma clara y entendible a futuros clientes o afiliados, dependiendo de la variación del perfil en el tiempo.

Se opone a las pretensiones de la demanda y propone como excepción previa la que denominó: *“no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”*, y como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS, compensación, buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección s.a., 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, innominada o genérica”*.

COLFONDOS S.A.

Manifiesta que sus asesores entregaron al demandante toda la información que requería para que tomará una decisión consciente y libre de toda coacción respecto del RPM y el RAIS, actuando de manera profesional, transparente y prudente, siendo el demandante quien decidió de manera libre y espontanea, con consentimiento informado su traslado de régimen pensional y no por la presunta falta de información por parte de COLFONDOS S.A.

Se opone a la totalidad de pretensiones en contra de la sociedad y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“valide de 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 trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones al haber sido trasladados a Protección 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 derechos de 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”

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 181 del 22 de septiembre de 2020 DECLARÓ la nulidad del traslado al RAIS, y de todas las afiliaciones a administradoras de este régimen, conservándose el RPM administrado por COLPENSIONES. CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

PROTECCION S.A. solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia; manifiesta que no está de acuerdo con la condena a devolver gastos de administración, pues estos se encuentran autorizada por la ley, se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual, misma que PROTECCIÓN S.A. ha realizado con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros. Expresó que teniendo en cuenta el artículo 1746 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, PROTECCIÓN S.A. nunca administró los dineros del demandante, y en ese orden de ideas no se generaron rendimientos, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14, 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, 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, la Sala procederá a resolver los siguientes problemas jurídicos:

¿Es ineficaz el traslado de régimen del 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 examinará si es procedente la devolución de gastos de administración.

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”**

El demandante venía vinculada válidamente al RMP desde el 18 de diciembre de 1987 hasta el 19 de enero de 1996, fecha en la que se reporta un traslado de régimen PROTECCIÓN S.A. (f. 81), posteriormente el 18 de noviembre de 2002 a ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. (f. 83), el 28 de septiembre de 2009 a COLFONDOS S.A. (f. 83), y finalmente el 15 de septiembre de 2011 a PROTECCIÓN S.A., fondo donde se encuentra vinculado en la actualidad.

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:

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.

“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”.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen y se realizaron los traslados dentro del RAIS, le suministrara 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 no que reposa en el expediente prueba de ello, sin que se logre este cometido.

Así pues, no se demuestra que PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS y de continuidad en el mismo, 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 COLFONDOS 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.

Así las cosas, resulta procedente la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A. de los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el demandante, junto con sus rendimientos y gastos de administración, como lo determinó la juez de instancia; siendo procedente adicionar la sentencia para CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a devolver bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., y para establecer que la devolución de los gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 se realiza con cargo a su propio, conforme lo señala la jurisprudencia³. Se adiciona la decisión para condenar a COLFONDOS S.A. a devolver los gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio. Se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin cargas adicionales al demandante.

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 jurisprudencia⁴.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos, frente a la no devolución del porcentaje de gastos de administración, esto teniendo en cuenta que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, sostuvo:

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

³ “Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado 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)”.

⁴ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

“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).”

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a POTECCIÓN S.A. en favor del demandante. Sin 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 **TERCERO** de la Sentencia 181 del 22 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y a que los gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, sean devueltos con cargo al propio patrimonio de **PROTECCIÓN S.A.**, por el tiempo en que administró los aportes del demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR la Sentencia 181 del 22 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el

artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo de afiliación del demandante.

TERCERO.- ADICIONAR la Sentencia 181 del 22 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado del demandante sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 181 del 22 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

SEXTO.- 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:

ad8ffe24b6a451d8eecab58c5994479da2d4854da19d0774474ff79765eb164c

Documento generado en 09/04/2021 07:25:31 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**