

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	CLAUDIA LORENA CANAVAL JARAMILLO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y OTROS
RADICACIÓN:	76001 31 05 001 2019 00788 01
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 032

Santiago de Cali, treinta (30) 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 los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A contra la sentencia 18 del 29 de enero de 2021, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 119

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM (pdf. 01 ExpedienteEscaneadoHastaMarzo2020FI188, Cuaderno juzgado, Fl. 8).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (pdf. 01 ExpedienteEscaneadoHastaMarzo2020FI188, Cuaderno juzgado, Fls. 73 a 80).

Da contestación a la demanda, presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones, proponiendo las excepciones perentorias que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

PROTECCIÓN S.A (pdf. 01 ExpedienteEscaneadoHastaMarzo2020FI188, Cuaderno juzgado, Fls. 83 a 111).

Da contestación a la demanda, presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones, y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“validez de afiliación a Protección S.A, buena fe, 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 e innominada o genérica”*.

COLFONDOS S.A (pdf. 05 ContestacinDdaColfondos20201103FI91, Cuaderno juzgado, Fls. 1 a 5).

Da contestación a la demanda, manifiesta, ni allanarse, ni oponerse a la primera y segunda pretensión, pues señala van dirigidas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.; se opone a la tercera y a la cuarta pretensión. No presentó excepciones de fondo, solicitando estudie la eventual absolución de costas y agencias en derecho.

1.2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 18 del 29 de enero de 2021 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la nulidad del traslado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado inicialmente por COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A, después por COLFONDOS S.A y nuevamente con PROTECCION S.A.. En consecuencia, DECLARÓ que para todos los efectos legales la afiliada nunca se

trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM. Por tanto, ordenó a COLFONDOS S.A en caso de no haberlo hecho, y a PROTECCIÓN S.A a devolver al sistema todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 c.c, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado; como también devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante. De igual forma, condena a COLPENSIONES, a que admita nuevamente a la actora en el RPM sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales. CONDENÓ en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

PROTECCIÓN S.A solicita se revoque la sentencia respecto a la devolución de los gastos de administración, toda vez estos se encuentra autorizados en el art. 20 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003 que opera tanto en el RAIS como en el RPM, y son cobrados por parte de la accionada a título de administración de los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado, cuya evidencia reposa en la cuenta; de igual forma, se utiliza para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros.

Argumenta que al declararse la ineficacia o nulidad del traslado, el contrato nunca existió; se debe entender, tomando como base el artículo 1746 del C.C. que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras; que los correspondientes a la actora son los rendimientos generados por la administración de PROTECCIÓN S.A en su cuenta de ahorro individual y los de la AFP son las comisiones de administración, las cuales, se deben conservar pues la aquí demandada hizo rentar el patrimonio de la afiliada.

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia en la orden de admitir nuevamente a la actora en el RPM, toda vez, no se logró demostrar que esta haya sido engañada o se hubiera ejercido coacción en su contra; más aún, cuando la actora ha permanecido en el RAIS por tantos años sin manifestar ninguna inconformidad respecto del desempeño y administración por parte de las AFP. Adicionalmente, expresa que la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 del

2004 y SU-062 del 2020, indico que en materia de traslados nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema, dado que, el RPM se descapitalizaría. De igual forma, manifiesta que si Tribunal confirma la sentencia, las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración que se han ordenado devolver sean indexados por todo el periodo que la actora permaneció en el RAIS.

Solicita se revoque la condena en costas impuesta pues en el traslado del régimen pensional no medio su voluntad, la negativa a todas las pretensiones obedece a un deber legal causado por el litigio iniciado por la actora.

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, presentó alegatos de conclusión la demandante y PROTECCIÓN S.A, las demás partes guardaron silencio.

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:

¿El traslado de régimen de la demandante está viciado de nulidad?, 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 determinar si procede la

devolución de los gastos de administración y si hay lugar a indexar las condenas. También se debe analizar si es viable la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se confirmará**, 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 1985 (fl.117) hasta el 1 de marzo del 1998 (fl. 113), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., y de esta a COLFONDOS S.A en mayo

de 1999 (fl 113) y nuevamente a PROTECCIÓN S.A en julio de 2010 (fl 113), 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.

También 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 COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A y PROTECCION S.A. al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de 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, pues la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de los formulario de “solicitud de vinculación” a COLMENA S.A. y PROTECCIÓN S.A (fl. 114 y fl. 115), 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”; mientras tanto, COLFONDOS S.A no presentó ninguna prueba sobre este asunto.

Así pues, no se demuestra que las AFP's hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto que, a pesar que PROTECCIÓN S.A elaboró una proyección pensional, está, en primer lugar, fue solicitada por la demandante y remitida a ella el 25 de enero de 2019 (Fl. 148 a 154), fecha evidentemente posterior a la fecha efectiva de la afiliación; y, en segundo lugar, no se elaboró teniendo en cuenta 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 han 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 de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, así como también de las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

1993, éstos últimos, conforme lo señala la jurisprudencia³, con cargo al propio patrimonio de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A; al igual que, la imposición de la obligación a COLPENSIONES, de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales a la afiliada, tal como lo dispuso el juez de instancia. Se adicionará la decisión para establecer que los gastos de administración deben devolverse debidamente indexados⁴.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos PROTECCIÓN S.A. en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales y 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.

En cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia, es preciso traer a colación el inciso 1 del artículo 365 del CGP, que señala que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, obedeciendo la misma a factores objetivos, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por el apoderado de COLPENSIONES, respecto a la condena en costas en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, 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>.

³ “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)”.

⁴ Sentencia 1688-2019.

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 la Sentencia 18 del 29 de enero de 2021 proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de ordenar que los gastos de administración se devuelvan debidamente indexados.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 18 del 29 de enero de 2021, proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** 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.- NOTIFIQUESE 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:

68ef03e18ea49916cd45d1ea38624bdb66f9486bfd42b0c3205f9b437b955c5b

Documento generado en 30/04/2021 06:51:06 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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