

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	FRANCISCO JAVIER BRAVO MONTENEGRO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 001 2020 00435 01
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 040

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo 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 No. 046 del 4 de marzo de 2021, proferida por el JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 181

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante 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 – Pág. 2 a 33).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf.14 – Págs. 2 a 12).

Manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad del demandante, su afiliación al RPM, traslado a PROTECCIÓN S.A., posterior solicitud de traslado elevada ante COLPENSIONES el 24 de agosto de 2020, que fue negada por la entidad y la solicitud presentada por el afiliado a PROTECCIÓN S.A. para acceder a los soportes de asesoría brindada al momento del traslado e información acerca del valor de la mesada pensional a la que tendría derecho. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Se opone a cada una de las pretensiones elevadas en la demanda y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

PROTECCIÓN S.A. (Pdf.16 Págs. 2 a 34)

Señaló como ciertos los hechos relacionados el traslado del afiliado del RPM al RAIS el 17 de marzo de 1995, la petición presentada ante esa entidad 24 de agosto de 2020 para obtener los soportes de asesoría brindada al momento del traslado e información acerca del valor de la mesada pensional a la que tendría derecho, petición que fue atendida el 11 de septiembre de ese año. Afirma no constarle los hechos 1,2, 3, 10, 11, 12 y 13 de la demanda y niega la veracidad de los hechos restantes.

Se opone a cada una de las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“Validez de afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro previsional, 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”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 046 del 4 de marzo de 2021 DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS que tuvo

lugar el 3 de agosto de 1999, ordenó a COLPENSIONES su admisión nuevamente en el RPM sin solución de continuidad ni cargas adicionales para el afiliado; ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hayan causado; también deberá 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 del demandante.

No dio prosperidad a las excepciones de fondo propuestas y condenó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. en costas a favor de la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

PROTECCIÓN S.A. (Minuto 30:50)

PROTECCIÓN S.A. solicitó se revoque el fallo en relación con la devolución de gastos de administración y mencionó que de cada aporte correspondiente al 16% del ingreso base de cotización que hacía el afiliado, esa entidad disponía el 3% para cubrir dichos gastos y pagar el seguro previsional que fue consignado a un tercero, gestiones que se encuentran debidamente autorizadas por la ley, y que por ende, ya fueron causados como contraprestación a una buena administración. Consideró que no es procedente la mencionada devolución, en tanto que, al no existir el traslado nulitado, no debieron producirse frutos o rendimientos; pero como se evidencia, existe un incremento de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo cual se dio en virtud de la adecuada administración efectuada por esa entidad.

COLPENSIONES (Minuto 29:40:37)

COLPENSIONES sustentó su apelación en el hecho de que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, impone una evidente afectación a la sostenibilidad financiera del sistema pensional y fiscal del Estado.

Señaló que el deber de información que le corresponde a las AFP, es un aspecto que se reguló con posterioridad al traslado del demandante, y ni la ley ni la jurisprudencia son retroactivas; se opuso a la condena en costas, toda vez que las circunstancias en que se dio el traslado de régimen eran ajena a esa entidad y por lo tanto, arguyó que no existió negligencia alguna por parte de esa administradora.

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, presentaron alegatos de conclusión la parte demandante (Pdf. 05) y PROTECCION S.A. (Pdf. 06).

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

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 del 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, así como los gastos de administración y la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES, en la forma decidida por *la quo*?

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 3º 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 2º 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 vinculado válidamente al RMP desde el 1 de enero de 1995 (Pdf. 01 Pág. 37), el 1 de abril de 1995 se reporta traslado a PROTECCIÓN S.A.,

fondo pensional en el que se encuentra afiliado el demandante hasta la fecha (Pdf. 16 Pág. 35).

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 voluntaria 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 vigentes, 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

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.

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. al momento de suscribir el formulario de vinculación, 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 las únicas pruebas de referencia que reposan en el expediente son: la solicitud de vinculación suscrita por el demandante, que reposa a folios 58 pdf.01 del expediente digital de primera instancia, y la respuesta de esa entidad a la petición elevada por el actor, emitida el 11 de septiembre de 2020 y mediante la cual informan:

“(…) Ahora bien, respecto de lo preguntado para su caso concreto, debe indicarse que PROTECCIÓN y sus asesores cumplen con las obligaciones establecidas en el Decreto 720 de 1994, y su asesoría se dio con la exposición de motivos propia de su condición pensional y con base en la normatividad vigente para la época, explicación que no se extendió en ningún momento a un documento específico distinto de la consolidación de la voluntad que finalmente se plasmaba en el formulario de afiliación (...)”. (Pdf. 01 - Pág. 66). (Subrayado fuera de texto)

Al respecto resulta necesario afirmar, que PROTECCIÓN S.A. no muestra la diligencia con que asegura adelantar sus actuaciones como administradora de recursos privados, al no contar con los documentos que en derecho le solicitó el afiliado, ni demuestra que hubiera 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 han cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia².

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

No hay prueba en el expediente, y tenía PROTECCIÓN 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.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PROTECCIÓN S.A. en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, tal como lo advirtió la juez de conocimiento. 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.

COLPENSIONES apela para que se absuelva a esa entidad de la condena en costas, encontrando la Sala que el inciso 1º del artículo 365 del CGP, 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 recurrente respecto a dicho tópico y en consecuencia, lo relacionado con costas quedará en el mismo sentido dispuesto por el juzgado de primera instancia.

Así las cosas, resulta procedente la devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que la AFP administró las cotizaciones del demandante, tal como lo dispuso *la quo* frente a PROTECCIÓN S.A.; empero habrá de adicionarse la decisión de instancia, ordenando que los gastos de administración se devuelvan debidamente indexados con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A., pues así lo ha

establecido la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras en Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838³.

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.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCION S.A. No se causan costas por la consulta conforme lo establecido en el 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 046 del 4 de marzo de 2021, proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** devuelva el porcentaje destinado a gastos de administración debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 046 del 4 de marzo de 2021, proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

³ Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.

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

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>

NOTIFIQUESE 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:

362fb02d615ef7539c435e59c9d8bc700729b26a42a6e4df611b82b7dbbc3f34

Documento generado en 31/05/2021 05:36:16 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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