

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MARÍA NANCY CASTILLO CARO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 017 2019 00736 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 044

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 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 y PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia No. 191 del 2 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 164

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

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

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Manifiesta no constarle la mayoría de los hechos. Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“Falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y buena fe del demandando, innominada o genérica”*.

MINISTERIO PÚBLICO

Manifiesta que de acuerdo a la figura de la carga dinámica de la prueba, le corresponde a PROTECCIÓN S.A. probar que en el proceso de traslado de fondo de pensiones, el demandante recibió por parte de la AFP la debida información y que dicho traslado gozó de transparencia máxima, de forma completa y comprensible.

PROTECCIÓN S.A.

Da contestación a la demanda, presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones respecto de la entidad y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“Validez de la afiliación de la actora a Protección s.a., ratificación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, 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, buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección s.a., innominada o genérica”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 191 del 2 de diciembre de 2020 DECLARÓ la ineficacia de la afiliación al RAIS, retornando en consecuencia al RPM administrado por COLPENSIONES. CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13

y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, último rubro con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A., y por todo el tiempo que permaneció afiliada la demandante con el RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación manifestando que no quedó probado que COLPENSIONES haya tenido injerencia alguna en el traslado de la demandante al RAIS, pues este fue un acto libre, sin presiones, ni vicio alguno y no es admisible que años después y dentro de la prohibición de traslado, pretendan retornar a COLPENSIONES, afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Dice que para la fecha en que se realizó el traslado no existía normatividad que obligara a las AFP del RAIS a brindar una doble asesoría.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación manifestando que a la actora se le brindó toda la información de acuerdo a la normatividad vigente para cuando se realizó el traslado, enterándola de las características del RAIS, para que pudiera escoger la opción que mas le interesara, el negocio jurídico fue valido y eficaz y tuvo efectos jurídicos, sin que se presentara vicio alguno.

Respecto a los gastos de administración, dice que se cobraron conforme a la ley por la administración de los aportes, habiendo realizado esta labora de forma diligente, lo que se evidenció en los rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Señala que si las consecuencias de la declaratoria de nulidad, es que la afiliación nunca existió, el resultado es que PROTECCIÓN S.A. nunca administró los recursos de la demandante, no se causaron rendimientos y no se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo frente a las restituciones mutuas y el abono de mejoras del artículo 1746 del C.C., no se puede desconocer que el contrato existió y que el bien administrado produjo unos frutos y mejoras, para el afiliado representadas en los rendimientos y para la AFP en la comisión de administración, por lo que de mantenerse la condena se generaría un enriquecimiento sin justa causa.

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.

Los alegatos de conclusión fueros presentados cuando ya se encontraba vencido el término conferido para el efecto.

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:

¿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 gastos de administración y rendimientos.

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 12 de mayo de 1992 (02. CD Folio51Colpen) hasta el 28 de abril de 1997, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. (f.14 y f.69 - 04. 01-07-2020ContestaciónProtección), 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”.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, 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 las únicas pruebas que reposan en el expediente sobre la afiliación de la demandante a la AFP, es el formato SIAFP emitido por ASOFONDOS respecto de la AFP COLMENA S.A. y el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., situación

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.

que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en el formulario de afiliación, 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, hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación y permanencia en el 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 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.

Así las cosas, resulta procedente la devolución por parte de PROTECCIÓN S.A., del saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos y los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A., y por todo el tiempo que permaneció afiliada la demandante con el RAIS, como lo dispuso el *a quo*, siendo procedente adicionar la sentencia, para imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni 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 jurisprudencia³.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos en el recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración y rendimientos, 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.

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a COLPENSIONES 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 **CUARTO** de la sentencia 191 del 2 de diciembre de 2020, proferida por el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 191 del 2 de diciembre de 2020, proferida por el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

d1a9330c1d2b79dfc06ebbd79206cb1d24522f17e46fc5a3804cfa8f210665c1

Documento generado en 31/05/2021 05:36:43 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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