

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	EDINSON ZAPATA TORO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 017 2019 00354 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 032

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

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 los apoderados de PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., respecto de la sentencia No. 005 del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 95

1. ANTECEDENTES

1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL CASO

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad trasladó del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM-al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD –

RAIS- administrado por PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA AIG S.A., y su posterior traslado a COLFONDOS S.A; se ordene a COLPENSIONES a aceptar su retorno al RPM, se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos incluyendo las cuotas de administración, y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Manifiesta son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento del demandante, el inicio de su vida laboral, su vínculo con el ISS desde 1990 hasta 1996, el traslado realizado al RAIS con COLMENA, la proyección pensional realizada por COLFONDOS S.A., y la negativa de traslado; afirma no constarle los demás hechos. Se opone a todas y cada una de las pretensiones expuestas en la demanda y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica”*.

PROTECCIÓN S.A.

Admite como ciertos los hechos relacionados con el traslado realizado el 23 de abril de 1996 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., niega que dicho traslado fue realizado sin el lleno de requisitos y que no se suministró la información completa y clara al momento del traslado; afirma no constarle los demás hechos.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones y propone como excepciones de fondo: *“validez de la afiliación a Protección S.A., validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP'S realizado por el demandante, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, 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 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, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus*

propios actos, ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y la innominada o genérica”.

COLFONDOS S.A.

Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante, el estudio pensional realizado por esa administradora en febrero de 2019; afirma no constarle los demás hechos.

Se opone a todas las pretensiones de la demanda y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A. pensiones y cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica”.*

1.2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali por sentencia 005 del 27 de enero de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas por demandadas; DECLARO la nulidad del traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS con COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., y los posteriores traslados realizados con ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.; ordenó a COLFONDOS S.A transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; ordenó a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES S.A. la totalidad de los gastos de administración por el tiempo en que estuvo vinculado el demandante con las entidades absorbidas por PROTECCIÓN S.A.; impuso la obligación a COLPENSIONES de recibir al actor nuevamente en el RPM. CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de COLFONDOS S.A., sustenta su recurso en que la comisión de administración es el descuento autorizado por la ley para administrar

los aportes consignados en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, y que los mismos han sido utilizados en materia de inversión, generando buenos rendimientos financieros y mejoras para el hoy demandante. Sostiene que, con la declaratoria de nulidad, la consecuencia que acarrea tal decisión es que las cosas se retrotraigan a su estado original, entendiéndose entonces que el contrato de vinculación suscrito entre esa administradora y el señor ZAPATA TORO nunca existió, y por tal motivo, no es posible la devolución de dicho dinero si no hubo afiliación. Pone de presente que, dicho emolumento es descontado como contraprestación por la buena gestión realizada durante el tiempo que el actor estuvo afiliado a ese fondo pensional, y que, de ordenarse la devolución de dichos dineros, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandando y del fondo público.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A., pone de presente la imposibilidad de trasladar las cuotas de administración ordenadas, afirmando que las mismas, por una parte, han sido destinadas a pagar la póliza de los riesgos de invalidez, vejez y muerte de los afiliados, motivo por el que esos dineros ya no se encuentran en poder de esa AFP sino en poder de la aseguradora, quien es un tercero de buena fe; y adicionalmente, sostiene que dichos descuentos surgen como contraprestación del buen manejo dado por esa administradora a los dineros del afiliado.

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

1.4. 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 escrito de alegatos de conclusión la parte demandante, COLFONDOS Y PROTECCION S.A.; COLPENSIONES se abstuvo de descorrer el traslado.

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, en la forma decidida por el *a quo*?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará y 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 vinculado válidamente al ISS desde el 14 de febrero de 1990 (fl.44 exp advo.) hasta el 23 de abril de 1996 (Fl.95), fecha en la que se afilió al RAIS con COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., posteriormente se vinculó a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., y finalmente el 24 de mayo de 2006 (fl. 110) se trasladó a COLFONDOS S.A., fondo al que se encuentra afiliado actualmente.

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 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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, 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 la única prueba que reposa en el expediente son los formularios de “*solicitud de vinculación o traslado*” (Fl. 88 y 89), lo 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*”.

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.

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, 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.

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 del demandante, tal como lo dispuso el juez de instancia, 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 1993, estos últimos, conforme lo señala la jurisprudencia³, con cargo al propio patrimonio de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., y en ese sentido, habrá de adicionarse la decisión de instancia, al igual que, para imponer la obligación a COLPENSIONES de aceptar el traslado sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales al afiliado.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PORVENIR S.A., en su recurso, frente a la no 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 es procedente el reintegro de dichos gastos de administración por parte de las AFP del RAIS. Para el efecto

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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)".

se pueden consultar las sentencias SL 31989-2008, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL4360-19.

Respecto a la excepción de prescripción que fuera propuesta por las demandadas, 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., en favor del 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 **QUINTO** de la Sentencia No. 005 del 27 de enero de 2020 proferida por el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, todo lo consignado en la cuenta de ahorro individual del señor **EDINSON ZAPATA TORO**, como las sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, si los hubiere, frutos e intereses, incluidos el porcentaje de los gastos de administración, estos últimos con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES**, con cargo a su propio patrimonio, el porcentaje de los gastos de administración, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

CONFIRMAR en lo demás el numeral.

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

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **SEXTO** de la Sentencia No. 005 del 27 de enero de 2020 proferida por el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES**, la obligación de aceptar el traslado del señor **EDINSON ZAPATA TORO**, sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales al afiliado. Confirmar en lo demás el numeral.

TERCERO- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia No. 005 del 27 de enero de 2020 proferida por el **JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$900.000. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas por el *a quo* conforme el Art. 366 del C.G.P.

QUINTO.- 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



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO



GERMÁN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

MARY ELENA SOLARTE MELO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 6 SALA LABORAL 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:

b0918074aef997ab0de41933a93c6b6569119e5a56fe92e88df526f127c8ab3c

Documento generado en 27/07/2020 03:52:10 p.m.