

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	HECTOR HUGO AGUIAR SOTO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 003 2019 00597 01
JUZGADO DE ORIGEN:	TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 044

Santiago de Cali, ocho (8) de septiembre 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., respecto de la sentencia No. 36 del 6 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 153

1. ANTECEDENTES

1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL CASO

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare nulidad del traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD –RAIS-, y que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPM.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (FIs. 105 a 108)

Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante, el inicio de su vida laboral y su afiliación al RPM en ese entonces con el ISS hoy COLPENSIONES, la permanencia y el número de cotizaciones por él realizadas, el traslado realizado a PROTECCIÓN S.A., la solicitud de traslado presentada y respuesta negativa; afirma no constarle los demás hechos de la demanda por no estar directamente relacionada con esa administradora.

Se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones 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. (FIs. 123 a 164)

Admite como ciertos los hechos que hacen referencia a la edad del actor, su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES, la vinculación a PROTECCIÓN S.A., las proyecciones pensionales realizadas, la petición de documentos ante esa administradora, la solicitud de nulidad de la afiliación y su consecuente respuesta. Niega que el traslado no haya sido libre, voluntario e informado, que no se haya instruido sobre sus características y la oportunidad que tenía el actor de retractarse.

Presenta oposición a todas las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“validez de la afiliación a Protección S.A., validez del traslado de régimen del RPM al RAIS realizado por la demandante (sic), buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, 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, 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, compensación y la innominada o genérica”*.

1.2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 36 del 6 de febrero de 2020, DECLARÓ la ineficacia del traslado realizado por el demandante al RAIS con PROTECCIÓN S.A., ORDENÓ trasladar con destino a COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración e impuso la obligación a COLPENSIONES, de aceptar el traslado del actor, junto con las sumas antes mencionadas. Condenó en costas y agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de COLPENSIONES, sostiene que el demandante a la fecha cuenta con más de 52 años de edad. Manifiesta que para la época del traslado al RAIS, el actor estaba en pleno derecho de realizar dicha afiliación y esa administradora, en la obligación de acceder al mismo, ya que, de haberse negado se estaría incurriendo en una violación al derecho de la libre elección. Recalca que por parte de esa administradora siempre han mediado procedimientos acordes a la ley, y por tal motivo, la afiliación realizada entre el hoy demandante y PROTECCIÓN S.A., tiene plena validez jurídica. Pone de presente que los afiliados podrán escoger el régimen que prefieran, y una vez realizado el traslado, únicamente podrán cambiarse de régimen cada 5 años, y no podrán trasladarse cuando le falten menos de 10 años para adquirir su derecho pensional.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN 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 AGUIAR SOTO nunca existió, y por tal motivo, nunca administró los recursos del demandante, siendo imposible la devolución dineros que no se produjeron. Pone de presente que, ese emolumento es descontado como contraprestación por la buena gestión realizada durante el tiempo que el actor estuvo afiliado a ese fondo pensional, generando unos frutos y mejoras, que, de ordenarse su devolución, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin

justa causa en favor del demandando. Finalmente, expone que el porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales de los afiliados, es pagado mes a mes a la aseguradora para sufragar los siniestros de invalidez o sobrevivencia, concluyendo de dicho monto no se encuentra en poder de esa administradora sino en dominio de un tercero de buena fe

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, la parte demandante, COLPENSIONES y PROTECCION S.A. 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:

¿El traslado de régimen del demandante está viciado de nulidad o es ineficaz?, 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*? También se debe establecer si es procedente la devolución de los gastos de administración por parte de PROTECCION S.A.

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 hoy COLPENSIONES desde el 20 de agosto de 1979 (fl.57) hasta el 10 de marzo de 1995 (Fl. 172), fecha en la que se afilió al RAIS con PROTECCIÓN S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado 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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PROTECCION 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 es el formulario de “*solicitud de vinculación*” (fl.173), 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*”.

Así pues, no se demuestra que PROTECCION S.A. haya 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 tenía PROTECCION S.A., la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se

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.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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 la 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 la demandada PROTECCIÓN 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 cargas adicionales al afiliado.

Cabe anotar que 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, 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.

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.

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

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES 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 **SEGUNDO** de la Sentencia No. 36 del 6 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del señor **HECTOR HUGO AGUIAR SOTO**, como bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, los frutos e intereses, incluidos el porcentaje de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia No. 36 del 6 de febrero de 2020, **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI** en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES**, la obligación de aceptar el traslado del afiliado, sin solución de continuidad y sin imponérsele cargos adicionales. Se confirma en lo demás el numeral.

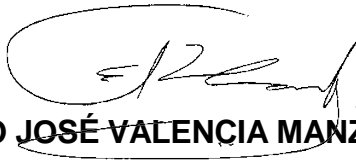
TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia No. 36 del 6 de febrero de 2020, **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES**, y **PROTECCIÓN S.A.**, en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$900.000 para cada una. 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 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: **854d3e8a577537115701cad29de0f11a3665477a558e606e0f15ae1e3660a23f**

Documento generado en 07/09/2020 06:35:07 p.m.