

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	PEDRO LUIS ARCILA ERAZO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.,
RADICACIÓN:	76001 31 05 001 2019 00340 01
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 67

Santiago de Cali, veintinueve (29) de enero 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 los apoderados de las demandadas, respecto de la sentencia No. 70 del 27 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 16

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. (FI.3-11).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (FIs. 46-51).

Acepta los hechos relacionados con el nacimiento del demandante, su afiliación al RPM, las solicitudes de traslado y la respuesta emitida por esa entidad. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda. Propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe, prescripción”*.

PROTECCIÓN S.A (FI. 64 a 86).

Manifiesta que la demandada dio respuesta a la solicitud de traslado mediante comunicación del 24 de abril de 2019; que capacita debidamente a sus asesores comerciales, para brindar una asesoría objetiva y completa.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“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, buena fe, 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, innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A. (FI. 121-140)

Admite como cierta la edad del demandante y frente a los demás hechos manifiesta que los mismos no le constan. Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción,*

prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe”.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 70 del 27 de febrero de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas. DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; ORDENÓ la admisión del actor en el RPM, declarando que para todos los efectos legales, nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; ORDENÓ el retorno de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, así como sus rendimientos y del porcentaje de los gastos de administración, con cargo a su propio patrimonio por los periodos en que PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., administraron las cotizaciones del demandante. CONDENÓ en costas a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de COLPENSIONES sustenta su recurso con base en que el actor al contar con 61 años de edad se encuentra dentro de la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para efectuar el traslado. Dice que no se demostró el vicio del consentimiento, y que existió buena fe al realizar las afiliaciones a PROTECCIÓN S.A. y luego a PORVENIR S.A. Manifiesta que no era posible al momento de la afiliación saber los índices base de cotización, sobre los que realizaría los aportes el demandante en los próximos años, para efectos de calcular una posible mesada pensional; que no se puede tener por cierto que al no realizarse la proyección pensional por parte de las administradoras del RAIS, se genere un vicio en el consentimiento, pues las prestaciones en el RAIS dependen de varios factores adicionales a las cotizaciones, y esto no permite conocer el valor de la pensión del afiliado al momento de la afiliación, misma que se realizó de manera válida con la suscripción del formulario por parte del demandante. Dice que no se está tomando en cuenta el principio de sostenibilidad financiera, pues se está permitiendo que un afiliado se beneficie de un régimen al cual no ha realizado la totalidad de cotizaciones requeridas.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. sustenta su recurso manifestando que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP por administrar las cuentas de ahorro individual de los afiliados, y PROTECCIÓN S.A. lo realizó con la mayor diligencia y cuidado, prueba de ello son los rendimientos generados, por tanto sostiene que no es procedente su devolución, pues se trata de comisiones ya causadas y realizadas conforme a la ley, siendo estas prestaciones acaecidas, debiéndose aplicar la restitución completa de las prestaciones de la teoría de la nulidad del derecho privado, pues si la comisión nunca debió generarse, tampoco así los rendimientos.

El apoderado de judicial de PORVENIR S.A. sustenta su recurso con base en que dentro del proceso no se logró demostrar que haya un vicio del consentimiento, tampoco que haya existido una ilegalidad al momento de la afiliación, pues para la época en que se realizó, se suscribió el formulario de afiliación que era el único requisito para ello, por tanto, la afiliación es totalmente válida. Además, PORVENIR S.A. no fue quien trasladó al demandante al RAIS, por tanto, no fue quien brindo la asesoría en ese momento. En este sentido, la condena no debería incluir las costas ni los gastos de administración. No se puede aplicar los efectos del artículo 1746 del código civil, pues estos son para el caso de la nulidad y en este proceso se decretó la ineficacia del traslado.

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, PORVENIR S.A. 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 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? También se debe analizar si es procedente la condena en costas a las demandadas impuesta por el *a quo*.

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”**

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 7 de mayo de 1986 (Fl. 163) hasta el 1 de octubre del 2000 (Fl. 90, 91), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A.; con posterioridad, se hace un traslado dentro del RAIS a PORVENIR S.A. el 7 de febrero de 2002 (Fl. 90, 92), 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 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 PROTECCIÓN S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y PORVENIR S.A., al realizar el traslado dentro del RAIS, 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 la única prueba que

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.

reposa en el expediente es la suscripción de los formularios de “*solicitud de vinculación*” (fl. 91, 92), 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*”.

Así pues, no se demuestra que PROTECCIÓN S.A ni PORVENIR S.A., hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, o su continuidad en el mismo, 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 PORVENIR 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, 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 cada AFP administró las cotizaciones del demandante, tal como lo dispuso la juez de instancia, y en este sentido habrá de confirmarse la decisión de instancia.

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

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado a 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.

También se debe advertir que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sus decisiones ha utilizado de manera indistinta los términos, nulidad de traslado e ineficacia de traslado, así en sentencia SL 3464-2019 radicado 76284, sostuvo: *“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante)”*, por lo tanto no hay lugar a dar prosperidad a lo manifestado por PORVENIR S.A. al respecto.

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 PROTECCIÓN S.A., respecto a la condena en costas en primera instancia.

³ 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 las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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.- CONFIRMAR la Sentencia 70 del 27 de febrero de 2020 proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

TERCERO.- 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


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:

548ae2a7bcaa195504849ceca53fcd8180161d443906bb5fd3638830ba74f2d0

Documento generado en 28/01/2021 02:50:24 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>