

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ROMULO DE JESUS GONZALEZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 003 2020 00275 01
JUZGADO DE ORIGEN:	TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 71

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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A., respecto de la sentencia No. 267 del 13 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 25

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 95).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf.01 – Págs. 168 a 176).

La apoderada judicial de la administradora manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad del demandante, su afiliación al RPM desde el 13 de marzo de 1979, la solicitud de corrección de Historia Laboral que fue atendida el 29 de octubre de 2019 asumiendo la inexactitud y procediendo a actualizar la historia laboral del trabajador; que el 18 de octubre de 2019 solicitó ante esa entidad el traslado de régimen pensional, petición ante la cual se dio respuesta negativa por encontrarse a menos de diez años del requisito de tiempo para acceder a la pensión. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: “*inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, legalidad de los actos e innominada*”.

COLFONDOS S.A (Pdf. 01 – Pág. 117).

El apoderado judicial de COLFONDOS manifiesta que esa entidad se allana a las pretensiones de la demanda.

PROTECCIÓN S.A (Pdf. 01 – Pág. 121 a 167).

PROTECCIÓN S.A. manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el traslado del demandante desde esa AFP a COLFONDOS el 17 de abril de 2001, fondo al cual se encuentra afiliado actualmente; aceptó que el 18 de junio de la presente anualidad, el actor presentó derecho de petición solicitando estudio de pensión anticipada, que fue respondida negando la totalidad de peticiones en razón a que no figuraba con vinculación activa.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: “*validez de la afiliación, validez del traslado de régimen pensional, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional por afectar derechos de terceros, prescripción,*

carencia de acción e incumplimiento de los requisitos para traslado de régimen, inexistencia del engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ratificación del actor a la afiliación al RAIS e innominada”.

PORVENIR S.A (Pdf. 01 – Pág. 406 a 474).

El apoderado de PORVENIR se opone a todas y cada una de las pretensiones elevadas por activa. Propone como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica”.*

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 267 del 13 de octubre de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, ordenó a COLFONDOS S.A., trasladar los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta del demandante, al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, ente al cual le ordenó aceptar el traslado junto con el dinero de la cuenta individual y sus rendimientos.

Condenó en costas a la parte vencida en juicio, en favor de la parte actora y absolvió a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de COLPENSIONES sustenta su recurso con base en que conforme a la Ley 100 de 1993 la afiliación del demandante al RAIS se dio en uso del derecho a la libre escogencia, motivo por el cual no puede predicarse un error o vicio del consentimiento y en consecuencia, solicita se revoque la sentencia objeto de apelación.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. sustenta su recurso con base en que el demandante suscribió la afiliación al RAIS cuando el deber de información se encontraba en su primera etapa, esto es, que la obligación consistía en informar al

interesado si al realizar dicho traslado se generaba una afectación frente a su situación pensional, por ejemplo que de encontrarse en transición perdiera beneficios o tiempo cotizado y la única exigencia documental vigente para esa época consistía en la suscripción del formulario de vinculación, tal como se hizo y el cual no puede ser tomado como un simple formato o criterio propiamente administrativo, pues contiene la manifestación del consentimiento del afiliado.

Refiere que no era factible para el asesor en el momento de la afiliación, valorar situaciones que no habían acaecido y que solo pueden analizarse con el avance del tiempo y que en el caso del demandante, es claro que este se trasladó a varios fondos privados con lo cual valida su intención de permanecer en el RAIS.

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, presentó alegatos de conclusión COLPENSIONES (Pdf. 04 Cuaderno Digital Tribunal) y la apoderada de la parte demandante (Pdf. 05 y 06 Cuaderno Digital Tribunal).

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, en la forma decidida por *la quo*?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará**, 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 13 de marzo de 1979 (Pdf. 01 – Pág. 176), luego se traslada al RAIS a través de HORIZONTE S.A. (hoy PORVENIR S.A.) el 1 de junio de 1995; posteriormente, el 1 de agosto de 2000 se traslada a ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy PROTECCIÓN S.A.) y luego a COLFONDOS S.A. el 17 de abril de 2001 hasta la fecha. (Pdf. 01 – Pág. 151)

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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING 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 y los formularios con que se da el traslado entre administradoras del 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 relacionadas que reposan en el expediente, son la suscripción de los formularios de “*solicitud de vinculación*” así: con HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.) en el año 1995 (Pdf. 01 – Pág. 463), con PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER (luego ING, hoy PROTECCIÓN S.A.) en el año 2000 (Pdf. 01 - Pág. 153) y con COLFONDOS S.A. en el año 2001 (Pdf. 01 – Pág. 286), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en ellos 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 las AFP 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 las AFP demandadas 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, como cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y 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 *a quo*, empero habrá de modificarse la decisión de instancia, ordenando que dichos valores por gastos de administración sean devueltos debidamente indexados con cargo al propio patrimonio de cada AFP del RAIS, esto es, HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS 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.

Se adicionará la decisión para IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado del afiliado sin solución de continuidad ni cargos adicionales.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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.

Frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración, 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.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y favor del demandante. 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.- MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia 267 del 13 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de establecer que **HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.**, deberán devolver el porcentaje de los gastos de administración por los periodos en que administraron las cotizaciones

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

del demandante, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.
CONFIRMANDO en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia 267 del 13 de octubre de 2020 proferida por el **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 ni cargos adicionales.
CONFIRMANDO en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 236 del 25 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas por la *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

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: **1f0b304c6ad5415cab998fd1692a0a5dbaf17048c0740ba70c227e8fc9d150db**
Documento generado en 28/01/2021 02:51:07 PM

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