

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	EFRAIN MARINO MONCAYO SALGADO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 008 2019 00830 01
JUZGADO DE ORIGEN:	OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 65

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 las demandadas, respecto de la sentencia No. 204 del 27 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 11

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. (F. 75 - 90).

PARTE DEMANDADA

PROTECCIÓN S.A. (f. 108 a 123)

Admite como cierta la solicitud de nulidad de traslado presentada, manifestando que el traslado cumplió con todos los requisitos y formalidades legales, que el afiliado recibió una asesoría con total profesionalismo y ética, pues los asesores cuentan con capacitación e instructivo sobre qué tener en cuenta al momento de asesorar a los clientes.

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, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación de la actor al RAIS, compensación, buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A., innominada o genérica”*.

COLPENSIONES (f. 130 a 135)

Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante, la afiliación inicial al RPM y el traslado al RAIS.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del art. 48 de la CP, adicionado por el art. 1 del acto legislativo 1 de 2005, innominada”*.

PORVENIR S.A (15ContestaPorvenir20190083000 – Exp. Electrónico).

Manifiesta no constarle la mayoría de los hechos. Afirma que el actor suscribió el formulario de vinculación con la entidad después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación, de reiterarle el funcionamiento del RAIS, pues el traslado se efectuó desde la AFP COLMENA y de indicarle sus condiciones pensionales.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 204 del 27 de agosto de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado que el demandante hizo del entonces ISS hoy COLPENSIONES a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. CONDENÓ a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones integras que incluye gastos de administración indexados y rendimientos, y CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado. DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación respecto de la devolución de gastos de administración, considerando que de cada aporte que se hace un 3% se destina a cubrir los gastos de administración y el seguro previsional; que durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado a PROTECCIÓN S.A., la entidad administró los dineros con diligencia y cuidado, y dicha gestión se ve evidenciada en los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, sin que sea procedente su devolución, pues estos se encuentran causados y se hicieron debidamente autorizados por la ley, además que el demandante se encuentra válidamente afiliado con otro fondo del RAIS, en este caso PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación argumentando que la AFP se brindó asesoría completa, veraz y oportuna, y PORVENIR S.A. aportó el formulario de afiliación, del cual se evidencia que el demandante lo firmo de manera libre y voluntaria; sostiene que es un documento autentico y la conducta del afiliado demuestra la intención de continuar en el RAIS, y permitió el descuento con destino al fondo privado. Además dice que no es viable jurídicamente imponer cargas distintas a las que estaban previstas legalmente en la época de la afiliación del accionante. Sostiene que cuando se declara la ineficacia de la afiliación, el literal b del artículo 113 de la Ley 100 de 1993 determina que se deben retornar al otro fondo las cuotas y los rendimientos, sin mencionar rubros diferentes como los gastos de administración, sobre los

cuales la Superintendencia Financiera de Colombia indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia de traslado, los únicos valores a retornar son los aportes y rendimientos del afiliado. Por otro lado, los gastos de administración al no ser valores que pertenezcan a los afiliados, en ninguno de los regímenes pensionales, y no financiar la pensión de vejez ni se parte integral de la misma, prescriben.

El apoderado de COLPENSIONES sustenta su recurso manifestando que no existen razones ni de hecho ni de derecho para que sea viable un traslado de régimen en la actualidad, pues el actor se encuentra inmerso en una prohibición por su edad. Por otro lado, respecto de la obligación de recibir al demandante en la entidad, dice que esto afecta directa o indirectamente la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES a futuro, al no haber recibido los aportes.

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

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, por parte de todas las AFP del RAIS, en la forma decidida por el *a quo*? Debe estudiar si es procedente la devolución de los gastos de administración.

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”**

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 1 de febrero de 1989 (historia laboral - 07CarpetaAdministrativa20190083000– Exp. Electrónico) hasta el 1 de febrero de 1995 fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; posteriormente el 1 de febrero de 2002 se trasladó dentro del RAIS con PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado hasta la fecha (f. 46 archivo 15ContestaPorvenir20190083000 – Exp. Electrónico).

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 COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y 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 las únicas pruebas que reposan en el expediente es la suscripción de los formularios de “*solicitud de vinculación*” (fl.32 05ContestaProteccion20190083000, fl. 47 archivo 15ContestaPorvenir20190083000 – Exp. Electrónico), 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*”.

Así pues, no se demuestra que COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, así como la continuidad en el citado régimen, pues lo cierto es que no se realizó

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.

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 tenían PORVENIR S.A. y COLMENA S.A. hoy 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 PORVENIR S.A., de todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones integras que incluye gastos de administración indexados y rendimientos, y por parte de PROTECCIÓN S.A. la devolución debidamente indexada, de los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esa AFP, tal como lo determinó el *a quo*; también procede por parte de PORVENIR S.A. la devolución de bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y en ese sentido habrá de adicionarse la decisión, al igual que para establecer que los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A. y de PORVENIR S.A., y para imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargos adicionales al afiliado.

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 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,

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. en sus 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, 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 del porcentaje destinado al seguro previsional y de los gastos de administración, estos últimos 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 en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR 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 **SEGUNDO** de la Sentencia No. 204 del 27 de agosto de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** la devolución con destino a **COLPENSIONES** de los valores recibidos por **PORVENIR S.A.** por concepto de bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, al igual que para establecer que los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de **PORVENIR S.A.**

CONDENAR a **PROTECCIÓN S.A.** a devolver con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración.

IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales al afiliado. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 204 del 27 de agosto de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

CUARTO.- 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


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:

c6fa15f82d08fd10e52dca0fba1b5cc8558c91db9c50ad6edb2c2bfc82337235

Documento generado en 28/01/2021 02:50:33 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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