

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MAURICIO GUTIERREZ VERGARA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.,
RADICACIÓN:	76001 31 05 008 2020 00137 01
JUZGADO DE ORIGEN:	OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN 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. 235 del 23 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 13

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad e ineficacia 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.49-57).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (12ContestacionColpensiones20200013700–Exp. Electrónico).

La apoderada judicial de la administradora manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento de la demandante, su afiliación al RPM, la solicitud de traslado del RAIS al RPM y la respuesta negativa emitida por esa entidad.

Propone 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, innominada o genérica”*.

PROTECCIÓN S.A (15ContestacionProteccion20200013700–Exp. Electrónico).

Da contestación a la demanda manifestando que no son ciertos la mayoría de los hechos. Afirma que el traslado del actor lo efectuó de manera voluntaria y debidamente informada, con el lleno de requisitos legales y en ejercicio del derecho de escogencia que le otorga el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS, compensación, buena fe de la entidad demandada sociedad administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección s.a., innominada o genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 235 del 23 de septiembre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado que el demandante hizo del entonces ISS hoy COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A., ordenando a esta última 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 debidamente indexados y rendimientos. DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación argumentando que la comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte se descuenta un 3% que se destina a cubrir los gastos de administración, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la Ley 100 de 1993. Durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado a PROTECCIÓN S.A. la entidad administró los dineros del demandante con diligencia y cuidado, y dicha gestión se ve evidenciada en los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual del demandante. En la sentencia se declaro la ineficacia del traslado al RAIS, como si nunca hubiera nacido a la vida jurídica, retrotrayendo todo a su estado original y a pesar de ello, se condenó a la AFP a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, mas los rendimientos financieros y sumas adicionales como cuotas o gastos de administración, por lo que solicita se revoquen las condenas impuestas en el numeral 2, al no ser procedente la devolución de los gastos de administración, ya que si las cosas vuelven a su estado anterior se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca se administraron los recursos del afiliado, los rendimientos de la cuenta no se causaron y tampoco se debieron cobrar gastos de administración. El artículo 1746 del Código Civil, habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, y aunque se determine la ineficacia de la afiliación, no se puede desconocer que el bien produjo unas mejoras, siendo este para el afiliado o afiliada, y para la AFP la comisión de administración, la que debe conservarse, pues se hizo rentar el patrimonio del afiliado, al ordenar la devolución, hay un enriquecimiento sin causa. Solicitó que, de confirmarse la ineficacia del traslado, solo sea ordenada la devolución de los aportes mas los rendimientos financieros, y en ningún caso devolver conjuntamente, rendimientos, comisión de administración ni los bonos, tampoco sumas adicionales, las cuales no se causaron pues se trata de prestaciones ya acaecidas por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo rendimientos.

El apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación manifestando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y ha venido haciendo aportes al mismo, también es importante poner de presente la prohibición legal del traslado del demandante dada su edad. Finalmente dice que el traslado afecta la sostenibilidad del sistema, pues COLPENSIONES no ha recibido las cotizaciones del demandante durante toda la vida laboral.

Se examina el presente en grado jurisdiccional de 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, presentaron alegatos de conclusión la parte demandante 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:

¿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*? Debe estudiarse si es procedente la devolución de rendimientos y 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 septiembre de 1983 (f. 1 archivo 13PruebasColpensiones20200013700-Exp. Electrónico) hasta el 1 de enero de 2004 (f. 1, 53 archivo 16PruebasProteccion20200013700-Exp. Electrónico), fecha en la que se hace efectivo un traslado de régimen a 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 PROTECCIÓN 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 es la suscripción del formulario de “*solicitud de vinculación*” (1 archivo 16PruebasProteccion20200013700-Exp. Electrónico), 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., haya 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.

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.

No hay prueba en el expediente, y tenían 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 PROTECCIÓN S.A., de todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, incluidos gastos de administración debidamente indexados y rendimientos, tal como lo determinó el *a quo*, así como también la devolución de bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y en ese sentido, habrá de adicionarse la decisión de instancia, al igual que para establecer que los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN 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.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PROTECCIÓN S.A. en su recurso, frente a la no devolución de rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimiento 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 de todos estos valores, incluidos los gastos de administración por parte de las AFP del RAIS con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados. Para el efecto se pueden consultar las sentencias SL

³ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

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 y PROTECCIÓN 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 **TERCERO** la Sentencia 235 del 23 de septiembre 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 **PROTECCIÓN 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 **PROTECCIÓN S.A.**

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 235 del 23 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

TERCERO.- 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 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


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:

0696637a1035ff5e4f88af5336671d71f6de986cf6dcf2be439fac2159e69e13

Documento generado en 28/01/2021 02:50:29 PM

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