

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	LUZ HELENA BELTRAN HALABY
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 004 2019 00564 01
JUZGADO DE ORIGEN:	CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 037

Santiago de Cali, treinta (30) de abril 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia 242 del 3 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 123

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la 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.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Da contestación a la demanda afirmando no constarle la mayoría de los hechos, presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, carencia del derecho, prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y la innominada”*.

PORVENIR S.A.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica”*.

PROTECCIÓN S.A.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones en contra de la entidad, formulando como excepciones de fondo las que denominó: *“validez de la afiliación a PROTECCION S.A., validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP's realizado por la 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 constituciones, 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 de la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, compensación y la innominada o genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EI JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 242 del 3 de diciembre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas; DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS; ORDENÓ a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la

demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración; ORDENÓ a COLPENSIONES recibir de PORVENIR S.A. dichos rubros, afiliando nuevamente a la actora en dicha entidad, además de conservarle todos los derechos y garantías que tenía en el RPM antes de efectuarse el traslado. Condenó en costas a PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. solicita se revoque las condenas impuestas en los numerales 1, 2, 3 y 6 de la sentencia pues considera que no habría lugar a la declaración de la ineficacia de la afiliación debido a que el formulario de afiliación demuestra el consentimiento informado para la libre escogencia del régimen utilizado por la demandante al momento de suscribir la solicitud, que además se presume capaz para obligarse y decidir sobre su vinculación y las implicaciones que ello acarrea; y, no se acreditó que existiesen actos dolosos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social o que impidieran dicho derecho, como lo establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ni se comprobó que el acto de vinculación adolezca de alguno de los vicios a los que se hace referencia el artículo 1508 del C.C.

También solicitó que, de confirmarse la sentencia en lo referente a la ineficacia, se revocara el numeral 3 concerniente a la devolución de los gastos de administración, puesto que estos están destinados a retribuir la gestión que deben desarrollar las administradoras de pensiones y, además, no hacen parte de los recursos pensionales dirigidos a financiar las prestaciones económicas que puedan causarse al cumplimiento de los requisitos legales. Por ello, ordenar la devolución del porcentaje de comisión de administración genera un enriquecimiento sin causa y un pago de lo no debido a favor de COLPENSIONES. Asimismo, ordenar judicialmente devolver una suma que tiene un titular definido legalmente, significaría una violación del principio constitucional de buena fe y confianza legítima. Solicitó la revisión del fenómeno de la prescripción frente a ese rubro.

COLPENSIONES solicitó que se absuelva a dicha entidad toda vez que la demandante decidió, de forma libre y voluntaria, trasladarse a la AFP que se encuentra suscrita, e incluso se trasladó de AFP, pertenecientes ambas al RAIS, reiterando su ánimo de permanecer en dicho régimen; por lo que no sería posible declarar algún vicio en el consentimiento. Asimismo, el artículo 13 de la Ley 100, modificado por el artículo 2 de la ley 797 del 2003, señala que después de un año

de entrada en vigencia de dicha norma, no se podrá realizar traslado de régimen cuando faltará 10 años o menos, situación que se evidencia en el presente proceso puesto que la demandante ya cumplió los 56 años de edad.

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 la parte demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A.; PROTECCION S.A. guardó silencio.

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 de la 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 también de los gastos de administración, en la forma decidida por el *a quo*? o, ¿los gastos de administración se encuentran prescritos? Y de no ser así, ¿su devolución al RPM constituye una violación del principio constitucional de buena fe y confianza legítima?

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”**

La demandante venía vinculada válidamente al RMP desde el 27 de julio de 1993 (fl.12) hasta el 1 de septiembre de 1994 (fl. 184), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PROTECCION S.A., posteriormente el 1 de noviembre de 2003 (fl. 184) se reporta traslado a PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada 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.

También la Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y con el que se dio el traslado dentro del RAIS, le suministraran a la afiliada una “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles

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.

consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues las únicas pruebas que reposan en el expediente son las suscripciones de un formulario de “*solicitud de vinculación*” (fl. 19 y 48), 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*”.

Asimismo, PORVENIR S.A. anexó una constancia de comunicación de prensa en el diario el Tiempo (fl. 185, 185 vto. y 186), sin embargo, es necesario aclarar que las publicaciones que se hacen a través de periódicos de amplia circulación nacional no corrigen el error inicialmente presentado, toda vez que con ellas no se está brindando una atención personalizada al actor, sino que se trata de información genérica que no enmienda el yerro inicial.

Así pues, no se demuestra que las AFP's del RAIS hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto es que, a pesar de que PORVENIR S.A. elaboró una proyección pensional (Fl. 54), esta, en primer lugar, fue solicitada por la demandante y expedida el 29 de julio de 2019, fecha evidentemente posterior a la fecha efectiva de afiliación; y, en segundo lugar, no se elaboró teniendo en cuenta 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 PROTECCION 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 el traslado, por parte de PORVENIR S.A. de la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, tal como lo dispuso el juez de

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

instancia; debiendo adicionarse la sentencia en el sentido de IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la afiliada, y para CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje recibido por las cotizaciones, bonos pensionales, si los hubiera, y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C; así como también condenar a PROTECCION S.A y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos, conforme lo señala la jurisprudencia³, con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administraron las cotizaciones de la demandante.

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

Y esto también significa que no se vulneró el principio de buena fe y confianza legítima, como manifiesta el apoderado de PORVENIR S.A., pues este *“incorpora el valor ético de la confianza y significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá, en un caso concreto, sus efectos usuales, es decir, los mismos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos”*⁴; pero como se mencionó anteriormente, este mismo criterio de decisión ha sido adoptado en múltiples sentencias en cuestiones similares y, por lo tanto, no podía ser otro el sentido de este fallo.

³ “Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocinado 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 Corte Constitucional, Sentencia C-131 de 2004.

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 jurisprudencia⁵.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES 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 **TERCERO** de la Sentencia 242 del 3 de diciembre de 2020 proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A** a devolver el porcentaje recibido por las cotizaciones, bonos pensionales, si los hubiera, y las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C; así como también **CONDENAR** a **PROTECCION S.A y PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administraron las cotizaciones de la demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia No. 242 del 03 de diciembre de 2020 proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado de la afiliada sin solución de continuidad ni cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

⁵ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 242 del 03 de diciembre de 2020 proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

13798df6ad7a66f67291b58d652e0428b8e58987edc43f73c23df6c1654fc5cb

Documento generado en 30/04/2021 06:51:11 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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