

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ANDREA BUENAVENTURA BORRERO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 015 2019 00470 01
JUZGADO DE ORIGEN:	QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 032

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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. contra la sentencia 213 del 13 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 144

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende 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 régimen de prima media – RPM.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

La apoderada judicial de la administradora manifiesta no constarle la mayoría de los hechos de la demanda. Presenta oposición a todas las pretensiones respecto de la entidad, excepto a la pretensión segunda relacionada con la devolución de la totalidad de los aportes efectuados, y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada”*.

PROTECCION S.A.

Manifiesta no constarle la mayoría de los hechos de la demanda. Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones en su contra y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de afiliación a Proteccion S.A., buena fe, 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, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación, y la innominada”*.

PORVENIR S.A

Se opone 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 y la innominada o genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 213 del 13 de julio de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas; DECLARÓ la nulidad o ineficacia del traslado de RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado inicialmente por PROTECCION S.A. y después por PORVENIR S.A.; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la

afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiese, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración indexados, frutos e intereses en los términos del artículo 1746 del C.C.; CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. a devolver los gastos de administración indexados durante el tiempo que administró las cotizaciones de la demandante; CONDENÓ a COLPENSIONES a vincular válidamente al RPM a la demandante. CONDENÓ en costas a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpone el recurso de apelación contra la condena en costas argumentando que según la literalidad del artículo 365 del CGP, el criterio objetivo para condenar en costas es a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, y COLPENSIONES no está siendo condenada. Adicional a ello, la demandada no tuvo ninguna injerencia en la decisión, que, de manera libre y voluntaria, tomó la demandante para trasladarse de régimen. Solicita se revoque el numeral quinto y se absuelva de condena en costas a COLPENSIONES.

PORVENIR S.A. solicita se revoque los numerales 2 y 4 de la sentencia y se absuelva a la demandada, argumentando que la declaración de nulidad del traslado del RPM al RAIS perjudica directamente a la entidad, puesto que se debe generar una devolución de todo el capital ahorrado, aun cuando siempre obró de buena fe y cumplió con los requisitos fijados en la ley y sus decretos reglamentarios para efectuar dicho trámite. Sostiene que prueba de ello es el formulario de afiliación diligenciado con ese fin. También manifiesta no estar conforme con la condena en costas, puesto que se les impone un monto mayor a la AFP que realmente realizó el primer traslado de régimen de la demandante. También refuta la devolución de los gastos de administración, pues la Ley 100 de 1993 prevé cuales son los dineros que se deben trasladar y en ellos no aplican aquellos, generando un enriquecimiento sin causa a COLPENSIONES; y además, estos no hacen parte integral de la pensión y, por lo tanto, se encuentran prescritos.

El apoderado de PROTECCION S.A. solicita se revoque el numeral 3 de la sentencia, respecto de los gastos de administración pues considera que el descuento del 3% que realizan las AFP del aporte hecho por los afiliados al Sistema General de Pensiones es destinado para cubrir los gastos de

administración y para pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley y que ya se causó y fue pagado a las aseguradoras. Sostiene además que si la consecuencia de la nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y que por ende PROTECCION S.A. nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual ni percibir rendimientos económicos por ello.

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, presentaron alegatos de conclusión la parte demandante y todas las demandadas.

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 de los gastos de administración, en la forma decidida por el *a quo*?, y en razón a ello ¿deben ser condenadas en costas todas las demandadas y en la misma proporción?

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 enero de 1993 (fl. 35) hasta el 01 de noviembre del 1997 (fl. 135), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PROTECCION S.A., posteriormente el 1 de agosto del 2000 (fl. 17) se reporta un traslado de AFP 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 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.

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

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.

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 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.136 y 189), 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”.

Asimismo, PORVENIR S.A. anexó unas constancias de publicación en el diario el Tiempo (fl. 190, 191 y 192), 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 no se explicó cuál sería 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 la devolución por parte de PORVENIR S.A. de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

aseguradora, gastos de administración indexados, todos los frutos e intereses en los términos del artículo 1746 de C.C., y la devolución por parte de PROTECCION S.A. de los gastos de administración indexados durante el tiempo que administró los bienes del demandante, tal como lo dispuso el juez de instancia; debiendo adicionar la sentencia en el sentido de IMPONER la obligación a COLPENSIONES de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la afiliada, y CONDENAR a PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

Respecto a la excepción de prescripción que fue propuesta, 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.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración y rendimientos, 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 los rendimiento y de los 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.

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. Asimismo, el numeral 6 de este mismo artículo, determina que, si son dos o más litigantes quienes deben pagar las costas, el juez condenará en proporción a su interés en el proceso; por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES 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 PORVENIR S.A., PROTECCION 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 213 del 13 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** y a **PROTECCION S.A.** a devolver los gastos de administración, con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 213 del 13 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE 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 cargas adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 213 del 13 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.**, en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000 para cada una de ellas. 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:

13cf1ea25c3a6dec43d32e2cf2f968864aae0fd5539d11bb65e972a3971088df

Documento generado en 30/04/2021 06:51:00 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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