

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	REINALDO RINCÓN LÓPEZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 011 2020 00198 01
JUZGADO DE ORIGEN:	ONCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 044

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo 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 PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia No. 036 del 8 de marzo de 2021 proferida por el JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 184

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS y se ordene el traslado al régimen de prima media con prestación definida – RPM y la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual. (Pdf. 01 Págs. 1 a 32)

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf. 10 – Págs. 4 a 14).

El apoderado judicial de la administradora, manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad del demandante, su afiliación al RPM, el traslado al RAIS el 9 de marzo de 1995 a través de COLMENA CESANTÍAS Y PENSIONES hoy PPROTECCIÓN S.A., posteriormente el 11 de mayo de 2020 el demandante radicó formulario de afiliación ante COLPENSIONES, solicitud que fue negada y el derecho de petición presentado el 19 de junio solicitando la nulidad del traslado al RAIS que fue igualmente negada por no cumplir los requisitos de ley.

Se opone a las pretensiones elevadas en la demanda y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

PROTECCIÓN S.A. (Pdf.14 Págs. 2 a 18)

A través de apoderada judicial, PROTECCIÓN S.A. señaló como ciertos los hechos relacionados con el total de semanas cotizadas por el demandante conforme lo contenido en la historia laboral consolidada por esa entidad, la solicitud presentada el 28 de mayo de 2020 por el demandante para acceder a soportes documentales del traslado e información acerca del valor de la mesada pensional a la que tendría derecho y la respuesta dada por PROTECCIÓN S.A. el 5 de junio del mismo año.

Se opone a cada una de las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“Validez de afiliación a PROTECCIÓN S.A., ratificación de la afiliación del actor al RAIS y principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración por falta de causa, buena fe e innominada”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 036 del 8 de marzo de 2021 DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, sumas

adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado, así como, todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del demandante, por el tiempo que estuvo afiliado a esa entidad y ORDENÓ a COLPENSIONES recibir al señor REINALDO RINCÓN LÓPEZ en el RPM y recibir las sumas provenientes de PROTECCIÓN S.A. para mantener su estabilidad financiera y para financiar la prestación económica que debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.

Condenó a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. en costas.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

PROTECCIÓN S.A. (Minuto 1:06:05)

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso en contra de los numerales 1, 2, 3, 5 y 6, insistiendo en que la entidad cumplió con el deber de información hacia el demandante y por lo tanto el negocio jurídico fue legítimo, no existieron vicios del consentimiento u ocultamiento de información para que se determine su nulidad. Menciona que la entidad no tenía obligación legal para el momento del traslado, de elevar por escrito las pruebas del asesoramiento personal, pues para dicha época esto se hacía de manera verbal.

Se opuso también a la devolución de gastos de administración, toda vez que ellos se rigieron conforme lo establecido por el legislador e igualmente señaló que los rendimientos tuvieron lugar en virtud de las buenas gestiones administrativas de la entidad, que es una experta financiera en inversión de aportes pensionales y por ende, tampoco consideró viable la devolución de las comisiones que fueron causadas con ocasión de dicha gestión, pues lo contrario sería dar lugar al enriquecimiento sin causa del demandante y la afectación al patrimonio de esa AFP de manera injustificada.

Claro lo anterior, se procede también a examinar el fallo en sede de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme lo estipulado por el 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 (Pdf. 07), COLPENSIONES (Pdf. 06) y PORVENIR (Pdf. 08).

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

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 *el a quo*?

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 3º 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 2º 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 3 de octubre de 1984 (Pdf. 05 Pág. 2), el 1º de abril de 1995 se reporta traslado al RAIS con COLMENA S.A., el 1º de abril de 2000 traslado en virtud de cesión por fusión de COLMENA a ING PENSIONES y CESANTIAS S.A., el 31 de diciembre de 2012 traslado de ING S.A. a PROTECCIÓN S.A. en virtud de cesión por fusión, fondo pensional en el que se encuentra afiliado el demandante hasta la fecha (Pdf. 14 Pág. 65).

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 voluntaria 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.

Además, 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 COLMENA S.A., ING PENSIONES y CESANTIAS S.A. y PROTECCIÓN S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación y el de traslado entre administradoras del RAIS, 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 las únicas pruebas de

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.

referencia que reposan en el expediente son: las solicitudes de vinculación suscritas por el demandante a ING hoy PROTECCIÓN S.A. que reposa a folios 67 pdf.14 del expediente digital de primera instancia y la respuesta calendada a 5 de junio de 2020 emitida por esa entidad respecto de la petición elevada por el actor y mediante la cual informan:

“(...) nos permitimos dar claridad en que estas asesorías son realizadas a solicitud del interesado y de manera presencial con el fin de abordar el total de sus inquietudes, es por esta razón que esta administradora no cuenta con soporte de los documentos solicitados de dicha asesoría, toda vez que esta fue entregada de manera presencial una vez fue finalizada la consulta que llevo a que usted se afiliara a nuestra Administradora de Pensiones. (...)”.
(Pdf. 14 - Pág. 68). (Subrayado fuera de texto)

Al respecto resulta necesario afirmar, que las administradoras del RAIS no muestran la diligencia con que asegura adelantar sus actuaciones como administradoras de recursos privados, al no contar con los documentos que en derecho le solicitó el afiliado, ni demuestra que hubiera 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 realizó ninguna proyección oportuna 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 tenía 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.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PROTECCIÓN S.A. en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

destinado al pago de los gastos de administración, pues 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, tal como lo advirtió la juez de conocimiento. 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.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el a quo; se adicionará la decisión ordenando la devolución de bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, también se establece que la devolución del porcentaje destinado a los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se realice debidamente indexada y con cargo al propio patrimonio de PROTECCION S.A., conforme lo señala la jurisprudencia³. Se adicionará el numeral 4 de la sentencia, en el sentido de imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales contra el demandante.

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 PROTECCIÓN S.A. en 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.

³ "Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adoctrinado 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 CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

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 los numerales **SEGUNDO** y **TERCERO** de la Sentencia 036 del 8 de marzo de 2021, proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** devolver los bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, y que los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se devuelvan indexados y con cargo a su propio patrimonio. **Confirmar** el numeral en lo restante.

SEGUNDO.- CONFIRMAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 036 del 8 de marzo de 2021, proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado al RPM, sin solución de continuidad ni cargas adicionales contra el demandante. **Confirmar** el numeral en lo restante.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 036 del 8 de marzo de 2021, proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

**ddfa3476bd8fb4f1d69184343963046afbacc37fbde04fd6508628f2bad
ee58**

Documento generado en 31/05/2021 05:36:20 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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