

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MARIA DEL CARMEN MORENO GOMEZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PROTECCION S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 015 2019 00368 01
JUZGADO DE ORIGEN:	QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 047

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 el apoderado de PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia No. 165 del 01 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 172

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad absoluta del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM (pdf.01 ExpedienteDigitalizado, Cuaderno juzgado, Fl.27).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (pdf.01 ExpedienteDigitalizado, Cuaderno juzgado, Fl. 66 a 71).

Da contestación a la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones y propone como excepciones perentorias las que denominó: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada”*.

PROTECCIÓN S.A. (pdf.01 ExpedienteDigitalizado, Cuaderno juzgado, Fl. 95 a 120).

Da contestación a la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“Validez de la afiliación a Protección S.A, validez del traslado de régimen del RPM al RAIS realizado por la demandante, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, 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, compensación y la innominada o genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 165 del 1 de julio de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas; DECLARÓ la nulidad del traslado del RPM al RAIS; CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. trasladar todos los valores de la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración debidamente indexados, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C y, a COLPENSIONES ORDENÓ vincular válidamente al demandante en el RPM; ABSOLVIÓ a los demandados de las demás pretensiones de su contraparte.

Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. y exoneró a COLPENSIONES, la cual, fue condenada en agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de PROTECCION S.A. solicita se revoque la sentencia respecto de las condenas impuestas; argumenta que no existieron vicios de consentimiento, ni coacción en la decisión de trasladarse de régimen; asegura que a la demandada le fue brindada la asesoría sobre las características propias del RAIS y del RPM, las condiciones positivas y negativas del traslado, por ello, la actora pudo evaluar sus intereses pensionales. Dice que el formulario de afiliación cumplió con todos los requisitos señalados en la normatividad vigente en la época de su suscripción, y también se cumplió con el deber de información, realizado de forma verbal puesto que, la obligación de hacerlo de manera escrita surgió solo con la ley 1748 de 2014. Manifiesta que comunicó a través de diarios de circulación nacional, a los afiliados sobre la posibilidad de trasladarse de regreso al RAIS.

Dice que la comisión por administración se encuentra autorizada en el art. 20 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003 que opera tanto en el RAIS como en el RPM; es cobrada a título de administración de los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado, cuya evidencia reposa en la cuenta del actor; y además se utiliza para pagar el seguro previsional, el que ya fue pagado a la aseguradora y, al ordenarse su reintegro se violarían sus derechos, al ser un tercero de buena fe.

Expresa que de mantenerse la condena a la devolución de gastos de administración, se debe tener en cuenta que al declararse la ineficacia o nulidad del traslado, el contrato nunca existió; que además, tomando como base el artículo 1746 del C.C que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, los correspondientes al actor son los rendimientos generados por la administración de la cuenta de ahorro individual y los de la AFP son las comisiones de administración, las cuales, se deben conservar pues la aquí demandada hizo rentar el patrimonio de la afiliada; que al ordenarse lo contrario, se configura un enriquecimiento sin justa causa en favor de la señora Moreno Gómez, ya que, estaría obteniendo rendimientos generados sin que esta reciba algún valor por dicha gestión, interpretación no acorde con la Constitución y la ley, en detrimento del patrimonio de la AFP, vulnerando así sus derechos a la igualdad y a la seguridad

jurídica visto que, se privilegia de manera injustificada a una de las dos partes del acto que se declara nulo y fue celebrado de buena fe.

Finalmente, solicita no se condene en costas y agencias en derecho a PROTECCIÓN S.A, pues su actuar siempre estuvo enmarcado en la buena fe y conforme a las normas vigentes al momento de la afiliación; en igual sentido, se opone a la decisión de no condenar en los conceptos citados anteriormente a COLPENSIONES, ya que, dicha entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por ello, debió ser condenada.

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 PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES guardo silencio.

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, incluidos gastos de administración y rendimientos? También se procederá a analizar la condena en costas impuesta en primera instancia.

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 2 de mayo de 1991 (fl. 73) hasta el 1 de julio del 2003 (fl. 123), fecha en la que se reporta un traslado

de régimen a PROTECCIÓN 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

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.

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 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 consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente son las suscripciones de un formulario de “solicitud de vinculación” (fl. 123), 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 la AFP 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 PROTECCION S.A. realizó unas reasesorías² (fl.141 y fl 412), estas, en primer lugar, se efectuaron en fechas evidentemente posterior a la fecha efectiva de afiliación esto es, 28 de marzo de 2016; y, en segundo lugar, no se elaboraron 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 jurisprudencia³. La publicación de un comunicado en medios de amplia circulación nacional no enmienda el yerro inicial presentado en el traslado, toda vez que se trata de información genérica que no atiende los requerimientos de consentimiento debidamente informado.

No hay prueba en el expediente, y tenía 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.

² Pdf. 01. ExpedienteDigitalizado, Cuaderno juzgado, fl. 141 y 142.

³ CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el a quo; se adicionará la sentencia para IMPONER la obligación a COLPENSIONES, de aceptar el traslado sin cargas adicionales a la afiliada, y para condenar a PROTECCION 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, conforme lo señala la jurisprudencia⁴, con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administraron las cotizaciones de la demandante.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos PROTECCIÓN S.A. en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración y de las sumas adicionales de la aseguradora, 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.

Respecto a la excepción de prescripción que fuera 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 jurisprudencia⁵.

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. Así mismo, el numeral 6 de este mismo artículo, determina que, si son dos o más litigantes quienes deben pagar las costas, el juez

⁴ "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)".

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

condenará en proporción a su interés en el proceso; por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por el apoderado de PROTECCIÓN S.A. sobre la condena en costas en primera instancia en su contra. Lo contrario ocurre respecto a COLPENSIONE, entidad que al contestar la demanda se opone a las pretensiones y propone excepciones de mérito, por lo que se condenará en costas en primera instancia.

Se causan costas en esta instancia a cargo de PROTECCION S.A. en favor de la parte 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 **CUARTO** de la sentencia 165 del 01 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 cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia 165 del 01 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCION 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. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- MODIFICAR el numeral **SEXTO** de la sentencia 165 del 01 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** en costas en primera instancia a **COLPENSIONES**. Las costas serán fijadas y liquidadas por el a quo. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 165 del 01 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

QUINTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCION S.A.** 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.

SEXTO.- 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:

def156c8e04256f623721cf4b76626fb889c0295cffbdda6e4dcdd54e48e0b94

Documento generado en 31/05/2021 05:36:56 AM

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