

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	HERLY JACQUELINE ALONSO QUINTERO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 008 2019 00852 01
JUZGADO DE ORIGEN:	OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION 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 los apoderados de la demandante y las demandadas, respecto de la sentencia No. 227 del 21 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 12

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad o 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.
(03InadmiteSubsana20190085200 – Exp. Electrónico).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (06ContestaColpensiones20190085200 – Exp. Electrónico).

Admite como ciertos los hechos relacionados con la afiliación inicial de la demandante al RPM y su traslado al RAIS, el contenido de la historia laboral emitida por COLPENSIONES, manifestando no constarle los demás hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito 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. (08ContestacionProteccion20190085200 – Exp. Electrónico)

Admite como cierta la solicitud de nulidad de traslado y la respuesta negativa, manifestando no constarle los demás hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de la afiliación de la actora a PROTECCIÓN S.A., ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía protección s.a., innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A (16ContestaPorvenirPruebas20190085200 – Exp. Electrónico).

Admite como cierta la vinculación a AFP COLPATRIA S.A., sin embargo manifiesta que no es tal como se expresa en la demanda, pues la demandante se vinculó voluntariamente a la AFP, sin presiones y después de haber sido informada sobre las implicaciones de su decisión, las condiciones de operación y funcionamiento del RAIS.

Presenta oposición 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, excepción genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 227 del 21 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 a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones integrales que incluye gastos de administración indexados y rendimientos, y a PORVENIR S.A., a devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esa AFP. DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado de la demandante sustenta su recurso solicitando se condene en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. por haber sido vencidas en juicio.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación respecto del numeral segundo de la sentencia, en el entendido que se condenó a la devolución de gastos de administración indexados por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., pues la demandante al momento del traslado no contaba con una condición especial que permitiera la generación de un perjuicio frente a su situación pensional, más aun COLPATRIA S.A. no estuvo inmersa en el traslado de régimen pensional ni es actualmente la entidad que tiene los aportes de la demandante, considera que la condena es desproporcional y desconoce lo dispuesto por el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación, respecto de la devolución de gastos de administración, considerando que de cada aporte que se hace un 3% se destina a cubrir los gastos de administración y el seguro provisorio, durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada a PROTECCIÓN S.A., la entidad administró los dineros con diligencia y cuidado, y dicha gestión se ve evidenciada en los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, y no es procedente su devolución, pues estos se encuentran causados y se hicieron debidamente autorizados por la ley. El artículo 1746 del Código Civil habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y mejoras, y aunque se determine la nulidad o ineficacia de la afiliación, no se puede desconocer que el bien produjo unas mejoras, siendo este para la afiliada junto con los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, 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 cobro de lo no debido y un enriquecimiento sin causa.

La apoderada de COLPENSIONES sustenta su recurso manifestando que la demandante no cumple con los requisitos para que sea viable un traslado de régimen, pues se encuentra inmersa en una prohibición respecto de su edad. Por otro lado, respecto de la obligación de recibir a la demandante en la entidad, dice que esto afecta directa o indirectamente la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES a futuro, pues no recibió los aportes de la demandante durante toda la vida laboral.

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 PORVENIR S.A. 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:

¿Es ineficaz el traslado de régimen de la demandante?, 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, por parte de las AFP del RAIS, en la forma decidida por el *a quo*? También se debe estudiar si procede la devolución de los gastos de administración y finalmente si hay lugar a condenar en costas a todas las entidades demandadas.

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 6 de septiembre de 1989 (f. 24 archivo 06ContestaColpensiones20190085200 – Exp. Electrónico) hasta el 12 de septiembre de 1994 fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A.; posteriormente el 1 de octubre de 1998 se trasladó dentro del RAIS con COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. y finalmente el 1 de diciembre de 1999 retornó PROTECCIÓN S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha (f. 13 archivo 08ContestacionProteccion20190085200 – Exp. Electrónico).

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 PROTECCION S.A., COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A. al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y los traslados dentro del

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.

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 que reposan en el expediente es la suscripción de los formularios de “solicitud de vinculación” (fl. 50-51 archivo 16ContestaPorvenirPruebas20190085200 y 11 archivo 08ContestacionProteccion20190085200), 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 PROTECCIÓN S.A. y COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, así como la continuidad en el citado régimen, 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 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 PROTECCION S.A. y COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR 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 de la actora, como cotizaciones integrales que incluye gastos de administración indexados y rendimientos; y por parte de PORVENIR S.A. la devolución debidamente indexada, de los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a esa AFP, tal como lo determinó el *a quo*. Así como también la devolución de bonos pensionales, sumas adicionales de la

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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 de PORVENIR 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., y PORVENIR S.A. en sus recursos, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales 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 dichos gastos de administración debidamente indexados 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, por lo que son de recibo los argumentos esgrimidos por el apoderado del demandante, debiéndose adicionar la sentencia en el sentido de condenar en costas a todas las entidades demandadas, por haber sido estas vencidas en juicio.

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

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., 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 **SEGUNDO** de la Sentencia 227 del 21 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, y **ADICIONAR** que los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de **PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A.**

IMPONER a **COLPENSIONES**, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales al afiliado. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia 227 del 21 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** en **COSTAS** en primera instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, el a quo fijará las agencias en derecho. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 227 del 21 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.**, y **PORVENIR S.A.**, en favor de la 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.

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



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:

4bb9b70c9ef86538b31ad82f246c867e60d6220049370c01c0ba95252ccc00e1

Documento generado en 28/01/2021 02:50:31 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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