

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MARIA INES VELASCO MONTILLA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y OTRA
RADICACIÓN:	76001 31 05 016 2020 00341 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISEIS LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE AFILIACIÓN
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 016

Santiago de Cali, veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022)

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia No. 238 del 4 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 120

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la ineficacia o nulidad absoluta de la afiliación a PORVENIR S.A.; en consecuencia, se condene a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cuotas de administración, ordenando a COLPENSIONES aceptar su afiliación al RPM.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Se opone a todas y cada una de las pretensiones, formulando como excepciones perentorias las que denominó: *“inexistencia de la obligación, la innominada, buena fe y prescripción”*.

PORVENIR S.A.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones; formuló como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 238 del 04 de noviembre de 2021, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante con PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a COLPENSIONES aceptar de regreso al RPM y, a PORVENIR S.A., una vez ejecutoriada la providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES

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

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. solicita se declaren probadas las excepciones propuestas y, en consecuencia, se revoquen todas y cada una de las condenas impuestas. Aduce que la demandante nunca ha estado afiliada al RPM; refiere que sí la idea es retrotraer los efectos, como si la actora nunca se hubiera afiliado al fondo privado, se llegaría al absurdo de que una persona que nunca perteneció al régimen general de pensiones, sea afiliada al RPM; argumenta no se puede entender o dar aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia pues aquella parte de unos requisitos, tales como la afiliación inicial al RPM,

situación que no se materializó en el presente caso. Adicionalmente solicitó se tenga en cuenta la sentencia SL4211 del 2021.

Señala que la afiliación cumplió con todos los requisitos vigentes para el año 1995, por lo que no se puede realizar una aplicación retroactiva de la normatividad, siendo solo hasta el 1 de julio del 2010 cuando fue obligatorio informar por escrito sobre los beneficios de cada uno de los regímenes y el monto de la pensión. Sostiene que según conceptos y circulares, es admisible que la información suministrada a quien quería afiliarse al RAIS fuera verbal, sin dejar de ser completa, transparente y veraz; por ende, la decisión de la actora se efectuó de manera consciente, espontánea, sin ningún tipo de presión o coacción, recibió toda la información al momento de su vinculación y suscribió el formulario de afiliación con todos los requisitos.

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicita tener en cuenta que si se ordena nuevamente la afiliación de la actora al RPM, el traslado del RAIS debe conllevar la devolución de las cotizaciones, los rendimientos financieros, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., bonos pensionales que hubiere recibido, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el art. 1746 C.C. y la jurisprudencia de la CSJ, sala laboral, reiterada por el Tribunal Superior del distrito de Cali, sala laboral.

Solicita se revoque la condena en costas impuesta, toda vez que la entidad se presenta como consecuencia del llamado a juicio en un proceso de nulidad de afiliación de la cual no es responsable, por lo que se debe condenar sólo a PORVENIR S.A., siendo además desproporcionada. Finalmente, manifiesta que COLPENSIONES se encontraba imposibilitada administrativamente para generar la afiliación.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14 de la 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 PORVENIR S.A.

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:

¿La afiliación de la demandante está viciada de nulidad?, o por el contrario, ¿es válida su afiliación al RAIS?, y de ser lo primero, ¿procede el traslado al RPM, con la devolución de los dineros recibidos con motivo de su afiliación, en la forma decidida por el a quo? Se debe analizar si es viable la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

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 se vinculó al RAIS el día 1 de febrero de 1995 (fl. 44), 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 vincula por primera vez al RAIS, en el formulario se deberá consignar que la decisión 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 la afiliación 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 determinación del régimen pensional ante el cual se va 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 la elección 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;”**.

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.

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»,

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.

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”.

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se *“saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”*. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas traído en la sentencia mencionada en precedencia.

Etapas acumulativas	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y

	Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación de régimen pensional, le suministrara a la afiliada una "*información precisa, clara, comprensible y suficiente, sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión acarrea*", situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de "*solicitud de vinculación*" por parte de PORVENIR S.A.² (fl. 45), 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 de forma libre, espontánea y sin presiones.

Así pues, no se demuestra que PORVENIR S.A. haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues no se le informó respecto de la diferencia en el pago de aportes, monto al que ascendería su mesada y demás condiciones del régimen pensional al cual se estaba afiliando, así como beneficios y desventajas, con lo cual

² Pdf. 06, ContestacionPorvenir03Agosto2021, Cuaderno del Juzgado, fl. 45.

se concluye que no ha cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia³.

No hay prueba en el expediente, y tenía 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 de la afiliación, en razón a que la vinculación al RAIS en estos términos no es válida.

Así las cosas, resulta procedente la devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo dispuso el juez de instancia, se adicionará la decisión para condenar a PORVENIR S.A. a devolver los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiere recibido, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, tal como lo dispone el art. 1746 C.C., los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos últimos, conforme lo señala la jurisprudencia⁴, indexados y con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., tal como lo solicita COLPENSIONES, y en ese sentido, se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la afiliada.

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

³ CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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, CSJ SL5468-2021, CSJ SL5280-2021.

misma a factores objetivos, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por el apoderado de COLPENSIONES, respecto a la condena en costas en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada 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 **TERCERO** de la Sentencia 238 del 4 de noviembre de 2021 proferida por el **JUZGADO DIECISÉIS 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.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia No. 238 del 04 de noviembre de 2021 proferida por el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiere recibido, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, gastos de administración indexados y con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 238 del 04 de noviembre de 2021 proferida por el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR 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.

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
Sala 006 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **c2e2586bd83613d3d72eebc089cae661e093fd73706e662e283bebc2ea0d1549**

Documento generado en 29/04/2022 07:09:46 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>