

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ORFANY MARULANDA CARABALI
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 006 2018 00470 01
JUZGADO DE ORIGEN:	SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 036

Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)

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 judicial de PORVENIR S.A., respecto de la sentencia No. 33 del 4 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 114

1. ANTECEDENTES

1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL CASO

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado efectuada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con PORVENIR S.A., y su

posterior traslado a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A; solicita se ordene a PORVENIR S.A trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, y solicita de condene a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES al pago de costas y agencias en derecho.

PARTE DEMANDADA

OLD MUTUAL S.A. (Fis. 94 a 119)

Se opone a la prosperidad de todas las pretensiones directamente relacionadas con ese fondo pensional y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, buena fe de la entidad demandada, pago, compensación y la innominada o genérica”*.

COLPENSIONES (Fis. 149 a 155).

La apoderada judicial de la Entidad demandada admite como ciertos los hechos relacionados con el nacimiento de la demandante, la afiliación y cotizaciones efectuadas al ISS en 1986, los traslados, la proyección realizada por PORVENIR S.A., la solicitud de traslado y su respuesta. Afirma no constarle los demás hechos.

Presenta oposición a todas las pretensiones expuestas y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“la innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción”*.

PORVENIR S.A (Fis. 163 a 182).

Admite como ciertos los hechos relacionados con la afiliación actual de la actora a ese fondo pensional y la simulación pensional solicitada ante esa Administradora, niega los hechos relacionados con el traslado realizado en el año 2000 al RAIS, el traslado a ese fondo pensional en abril de 1997, las circunstancias y forma en la que

fue suministrada la información por parte de los asesores de dicha AFP. No le constan los demás hechos de la demanda.

Se opone a todas las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica”*.

1.2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali por sentencia No. 33 del 4 de febrero de 2020, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la actora del régimen de prima media al de ahorro individual. Impuso a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales a la afiliada.

Ordenó a PORVENIR S.A. trasladar todos los aportes de la demandante junto con sus rendimientos.

Absolvió a OLD MUTUAL S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra.

No impuso condena en costas.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado de PORVENIR S.A., fundamenta su recurso en que cada régimen pensional tiene aspectos favorables y desfavorables, motivo por el afirma que la norma le otorgó a la afiliada la posibilidad de escoger entre cualquiera de los regímenes existentes. Pone de presente que una vez realizada la vinculación por parte de los afiliados, la norma establece unas restricciones que no pueden ser invalidadas por vía jurisprudencial; en ese sentido, asegura que los errores de hecho no pueden viciar el consentimiento y mucho menos, imponer obligaciones retroactivas a las administradoras, como la exigencia de requisitos que, para el momento de la afiliación de la actora, no estaban previstos.

Manifiesta que la asesoría brindada por las AFP se realizaba de forma verbal, y por tanto, para que la misma se refute válida, es suficiente con la firma del formulario de afiliación, tal y como se demuestra en el presente asunto.

Resalta que durante el tiempo en que la señora MARULANDA CARABALÍ estuvo vinculada a ese fondo pensional, esa Administradora actuó con diligencia, cuidado, buena fe y con estricta sujeción a la ley, informando a la demandante de los movimientos realizados en su cuenta de ahorro.

Manifiesta que la excepción de prescripción va encaminada a establecer la oportunidad jurídica en que le es permitido a la actora poner en movimiento este tipo de procesos, y no a negar el derecho que la demandante tiene de acceder a una pensión, ya que asegura que la actora puede pensionarse en uno u otro régimen.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14, Ley 1149 de 2007-.

1.4. 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 escrito de alegatos de conclusión la parte demandante, OLD MUTUAL 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

La Sala debe determinar si 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, en la forma decidida por el *a quo*?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará**, 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 desde el 5 de noviembre de 1986 al ISS hoy COLPENSIONES (fl. 156 exp. advo) hasta el 9 de abril de 1997 (Fl.183 vto), fecha en la que se trasladó de régimen a PORVENIR S.A.; posteriormente, el 3 de noviembre del 2000 se trasladó a SKANDIA hoy OLD MUTUAL, hasta que el 7 de julio de 2003 retornó nuevamente a PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha (fl. 183 vto y 184 vto).

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 PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, 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 la única prueba que reposa en el expediente son los formularios de **“solicitud de vinculación”** (Fls. 126 y 183), lo 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”**.

Así pues, no se demuestra que PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. 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 realizó ninguna proyección sobre la posible suma a la que ascendería su

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.

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 tenían PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL 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 el traslado con destino a COLPENSIONES, de todo el capital consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo dispuso la juez de instancia, así como también el traslado de las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, este último, conforme lo señala la jurisprudencia³, con cargo al propio patrimonio de la demandada PORVENIR S.A; adicionalmente, se ordenará a OLD MUTUAL S.A. que traslade con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración por el periodo en el que estuvo afiliada la señora MARULANDA CARABALI a ese fondo pensional; 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 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

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

³ "Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado 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)".

imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁴.

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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia No. 33 del 4 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, que **TRASLADAR** con destino a **COLPENSIONES**, todas las sumas que se hallen en la cuenta de ahorro individual de la señora **ORFANY MARULANDA CARABALÍ**, incluyendo las sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, si los hubiere, frutos e intereses, incluidos el porcentaje de los gastos de administración, éstos últimos con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante.

SEGUNDO.- REVOCAR el numeral **QUINTO** de la sentencia No. 33 del 4 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, para en su lugar, **ORDENAR** a **OLD MUTUAL S.A.**, **DEVOLVER** y **TRASLADAR** con destino a **COLPENSIONES** y con cargo a su propio patrimonio, el porcentaje de los gastos de administración, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 33 del 4 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

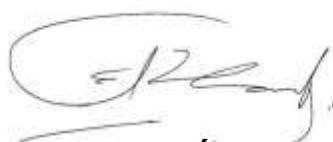
⁴ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

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 \$900.000. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas por el a 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



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO



GERMÁN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

MARY ELENA SOLARTE MELO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 6 SALA LABORAL 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:

19c25d30d77bc6f8b3bf307eb959565be194c9bb6497525c7779bb7408a3fa01

Documento generado en 27/07/2020 04:11:19 p.m.