

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

| | |
|----------------------------|--|
| CLASE DE PROCESO: | ORDINARIO LABORAL |
| DEMANDANTE: | MYRIAM PABON ASTUDILLO |
| DEMANDADOS: | COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. |
| RADICACIÓN: | 76001 31 05 014 2019 00465 01 |
| JUZGADO DE ORIGEN: | CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO |
| ASUNTO: | APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO. |
| MAGISTRADO PONENTE: | MARY ELENA SOLARTE MELO |

ACTA No. 035

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 a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., respecto de la sentencia No. 19 del 31 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 100

1. ANTECEDENTES

1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL CASO

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON

SOLIDARIDAD –RAIS-, se ordene con destino a COLPENSIONES, el traslado de los aportes y/o capital con sus rendimientos, y se condene en costas a las demandadas.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

El apoderado judicial admite como ciertos los hechos relacionados con la edad de la demandante, su afiliación al RPM con el ISS hoy COLPENSIONES, la solicitud de traslado y también la negativa emitida el 15 de junio de 2019, sin que le consten los demás hechos de la demanda.

Se opone a la prosperidad de todas las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe, prescripción, inexistencia de vicios del consentimiento, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido y compensación”*.

COLFONDOS S.A.

Admite como ciertos los hechos que hacen referencia a la edad y fecha de nacimiento de la actora, el traslado de régimen solicitado el 11 de julio de 2019 y su posterior respuesta, niega los hechos relacionados con la forma en la que la actora afirma que se realizó la afiliación por parte de ese fondo pensional, así como también la aparente omisión incurrida a la hora de asesorar a la demandante, no le constan los demás hechos.

Se opone a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., pensiones y cesantías, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genética”*.

1.2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 19 del 31 de enero de 2020, DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS con COLFONDOS S.A.

ORDENÓ el traslado de todo el capital de la cuenta de ahorro individual de demandante, incluyendo los rendimientos, gastos de administración y bonos pensionales, si los hubiere a COLPENSIONES.

ORDENÓ a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante.

CONDENÓ en costas a las demandadas.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de COLPENSIONES, manifiesta que por parte de esa administradora siempre se actuó de buena fe y con estricta observancia a las normas que regulan este tipo de procesos, reprochando la obligación impuesta de asumir las cargas negativas decididas en la sentencia.

La apoderada de COLFONDOS S.A., sustenta su recurso de apelación frente a la orden impuesta de regresar con destino a COLPENSIONES, los gastos de administración; sostiene que si la orden procediera, debería entregarse a la actora únicamente los dineros ahorrados en su cuenta de ahorro individual, sin sus rendimientos, toda vez que dicho porcentaje hace parte de los ingresos a los cuales tiene derecho la AFP del RAIS por el buen manejo realizado y con los que se han generado rendimientos. Pone de presente que, de proceder con la devolución, se estaría constituyendo en un cobro de lo no debido en detrimento de ese fondo pensional, más cuando parte de dicho monto ha sido enviado a las aseguradoras para sufragar las posibles pensiones de invalidez o sobrevivientes.

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 COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. La parte demandante no recorrió el traslado.

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 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*? ¿Es procedente la devolución de los gastos de administración a cargo del fondo del RAIS?

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 ISS hoy COLPENSIONES desde el 17 de abril de 1989 (fl.82) hasta el 31 de octubre de 1996 (Fl.76), fecha en la que se afilió al RAIS con COLFONDOS 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 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 COLFONDOS 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 es el formulario de “solicitud de vinculación” (fl.75), 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 COLFONDOS S.A. haya 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 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 COLFONDOS 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 de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo dispuso el juez de instancia, así como también 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, estos últimos,

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.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

conforme lo señala la jurisprudencia³, con cargo al propio patrimonio de la demandada COLFONDOS S.A., y en ese sentido, habrá de adicionarse la decisión de instancia, al igual que, para imponer la obligación a COLPENSIONES de aceptar el traslado sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por COLFONDOS S.A., en su recurso, frente a la no devolución 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 es procedente el reintegro de dichos gastos de administración por parte de las AFP del RAIS. Para el efecto se pueden consultar las sentencias SL 31989-2008, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL4360-19.

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 la demandada COLFONDOS, y COLPENSIONES, 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:

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,

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral **PRIMERO** de la Sentencia No. 19 del 31 de enero de 2020 proferida por el **JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, devolver a **COLPENSIONES** bonos pensionales, si los hubiere, las sumas adicionales de la aseguradora, los frutos e intereses, el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante. Se confirma en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 19 del 31 de enero de 2020 proferida por el **JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado de la afiliada, sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia No. 19 del 31 de enero de 2020 proferida por el **JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y **COLFONDOS 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 por el *a quo* conforme el Art. 366 del CGP.

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:

fdf46341273b401c30cadd075bb6886e56f55b068a29525c96748d75a10f6556

Documento generado en 27/07/2020 03:57:01 p.m.