

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	LUIS ÁNGEL BALANTA HINESTROZA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA
RADICACIÓN:	76001 31 05 011 2018 00032 01
JUZGADO DE ORIGEN:	ONCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 028

Santiago de Cali, nueve (9) de abril 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 PORVENIR S.A. contra la sentencia 356 del 25 de noviembre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 095

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS y se ordene el traslado al régimen de prima media con prestación definida – RPM y la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante. Adicionalmente solicita el pago de perjuicios

materiales por el traslado de régimen, en suma equivalente a las mesadas dejadas de recibir en el momento que hubiera accedido a la pensión de jubilación (1 de marzo de 2008), hasta la fecha en que efectivamente se pague.

PARTE DEMANDADA

DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA

Manifiesta no constarle la mayoría de los hechos. Presenta oposición a las pretensiones de la demanda y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación a cargo de la demandada Departamento del Valle del Cauca, prescripción, genérica o innominada”*.

COLPENSIONES

Se opone a todas y cada una de las pretensiones que relacionan a la entidad y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación, ausencia de vicios en el consentimiento del traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción trienal, prescripción de la acción, innominada”*.

PORVENIR S.A.

Manifiesta que la actividad del asesor comercial de PORVENIR S.A. consiste en explicarle al potencial afiliado al régimen, las particularidades, bondades y limitaciones, para que el afiliado escoja libremente la opción que le resulte más favorable a sus intereses.

Se opone a la totalidad de pretensiones en contra de la sociedad y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, validez del traslado del actor del RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías Porvenir s.a., falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, carencia de acción y ausencia de derecho, frente a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir s.a., ausencia de prueba efectiva de daño, inexistencia de daño alegado, ausencia de*

responsabilidad atribuible a la demandada, compensación, buena fe de la entidad demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir s.a., mala fe del demandante, pretendiendo obtener un provecho indebido, innominada o genérica”.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 356 del 25 de noviembre de 2020 DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA y en consecuencia ABSOLVIO al DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA.

DECLARÓ la ineficacia del traslado que el demandante realizó al RAIS; en consecuencia, CONDENÓ a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del demandante, todas las comisiones y gastos de administración; ORDENÓ a COLPENSIONES reciba al demandante en el RPM y reciba las sumas provenientes de PORVENIR S.A., para mantener su estabilidad financiera y financiar la prestación económica que como administradora del RPM debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de las condenas, manifestando que no existen argumentos jurídicos que validen la ineficacia del traslado. No se acreditaron situaciones dolosas que permitan la ineficacia de la afiliación al RAIS, por lo que los supuestos alegados en la demanda deben tenerse como nulidad relativa, y tampoco se acreditan vicios del consentimiento para declararla. Si en gracia de discusión se argumentara que el vicio es el error, ante el presunto mal asesoramiento, el error de derecho no vicia el consentimiento. Para la época del traslado la AFP brindó la información acorde a la normatividad vigente para esa fecha, tal como consta en el formulario de afiliación, siendo prueba de la libertad de la afiliación del actor.

De persistir la ineficacia de la afiliación, solicita no se condene a la devolución de gastos de administración, pues estos se encuentran autorizada por la ley, se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual,

anotando que PORVENIR S.A. ha administrado los dineros con la mayor diligencia y cuidado.

Dice que la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación, es que las cosas vuelvan al estado anterior, debiéndose entender que el contrato de afiliación nunca existió, es decir que PORVENIR S.A. nunca debió administrar los recursos del afiliado, sin que se causaran rendimientos y tampoco se debió cobrar la comisión de administración; en virtud del artículo 1746 del CC que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad, de las restituciones mutuas, intereses frutos y abono de mejoras, no se puede desconocer que el bien administrado produjo una mejoras, como producto de la buena gestión de la AFP, y por eso deben conservarse. Frente a las sumas adicionales, señala que solo se causan en virtud de la invalidez o sobrevivencia, las cuales no se dan en esta situación y en el caso de haber un siniestro, la aseguradora debía asumir el costo de la prestación, sin que fuere posible retrotraer el contrato de seguro, pues el demandante gozó de la cobertura del mismo, mientras estuvo afiliado al régimen, adicionalmente estos no fueron objeto de pretensión en la demanda. También solicitó se revoque la condena en costas.

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, la parte demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión.

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 del 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, en la forma decidida por el *a quo*? Si es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, rendimientos y sumas adicionales.

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”

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 22 de noviembre de 1976 (03ExpedienteAdministrativoCDFolio310) hasta el 19 de octubre de 1998, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. (f.207, 371), fondo donde se encuentra vinculado en la actualidad.

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.

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

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.

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”.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLPATRIA S.A hoy PORVENIR 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 no que reposa en el expediente prueba de ello, sin que se logre este cometido.

Así pues, no se demuestra que COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A. haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS y de continuidad en el mismo, 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 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 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 PORVENIR S.A. de todas las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del demandante, así como todas las

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del demandante, como lo dispuso el juez de instancia, siendo procedente adicionar la sentencia para establecer la devolución de bonos pensionales (si los hubiera) y que la devolución del porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debe realizarse con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., conforme lo señala la jurisprudencia³, y así como para imponer a COLPENSIONES, la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a el demandante.

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 la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia⁴.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos en la apelación conforme lo sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, en la cual expreó:

“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).”

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,

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a la demandada PORVENIR S.A. en favor del demandante, 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 356 del 25 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver bonos pensionales, si los hubiera recibido. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **QUINTO** de la Sentencia 356 del 25 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver 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.- ADICIONAR el numeral **SEXTO** de la Sentencia 356 del 25 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales al demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 356 del 25 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

QUINTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** en favor del 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.- NOTIFÍQUESE 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:

e6a103d5c104a803d340ecaca430555b47aefdc5e1094364c1095f1186549573

Documento generado en 09/04/2021 07:25:27 AM

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