

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MARIA AUDREY CARDENAS DÁVILA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 005 2019 00291 01
JUZGADO DE ORIGEN:	CINCO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 044

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo 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 recurso de apelación interpuestos por la parte demandante y por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia No. 191 del 18 de noviembre de 2020 proferida por el JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 186

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. (Pdf. 01 Págs. 75 a 89)

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf. 01 Págs. 106 a 116)

Manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, su afiliación al RPM, el traslado al RAIS, la solicitud de traslado a COLPENSIONES elevada el 9 de abril de 2019 y la respuesta negativa dada por esa entidad el día 22 del mismo mes y año.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“Innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción”*.

PORVENIR S.A. (Pdf. 01 Págs. 156 a 173)

Refiere que son ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, quien excedió el límite de edad permitido para tramitar su traslado de RPM y que se encuentra pendiente dar respuesta a la reclamación administrativa elevada por la actora ante esa AFP.

Se opone a la totalidad de pretensiones y propone como excepciones de mérito 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 QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por Sentencia 191 del 18 de noviembre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de dineros recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual o por los gastos de administración; ORDENÓ a COLPENSIONES EICE aceptar el traslado de la demandante al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS.

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

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

PARTE DEMANDANTE (Minuto 1:17:05)

El apoderado judicial de la parte demandante, presentó recurso de apelación contra el numeral cuarto en relación con la condena en costas que fue impuesta únicamente contra PORVENIR S.A. y solicito se modifique la sentencia para imponer este concepto también contra COLPENSIONES, teniendo en cuenta que conforme la normatividad vigente, esta carga incumbe a las partes vencidas en juicio, siendo que esa entidad contestó la demanda, se opuso a las pretensiones y propuso excepciones de fondo.

PORVENIR S.A. (Minuto 1:37:00)

La apoderada de PORVENIR S.A. manifiesta no estar de acuerdo con la integridad de la sentencia apelada, toda vez que a la fecha en que la actora hizo uso de su derecho a la libre elección de régimen, la entidad cumplió con su deber legal de información para el traslado al RAIS, aspecto que fue regulado con mayor detalle mucho tiempo después, sin que dichas disposiciones tengan carácter retroactivo.

Recordó que también la actora tenía el deber de obtener la información necesaria y suficiente para suscribir su vinculación con el RAIS, y que posee todas las capacidades legales para ejercer su voluntad.

Se opuso a la devolución de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la actora, rendimientos, y gastos de administración, toda vez que, de retrotraerse las cosas a las condiciones anteriores al traslado, se entiende que no contó con las gestiones responsables del fondo de pensiones que generaron rendimientos e insistió que la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, no es viable, al considerar que estos ya fueron causados y pagados a los terceros pertinentes conforme lo dispone la ley.

COLPENSIONES (Minutos 1:42:38)

La apoderada judicial de COLPENSIONES, sustenta el recurso en el hecho de que la demandante se encontraba fuera del término legal dispuesto para solicitar

traslado de régimen y en consecuencia, solicita se revoque la sentencia objeto de apelación.

Claro lo anterior, se procede a examinar el fallo también por consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el 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 la parte demandante, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

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:

¿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, así como los gastos de administración en la forma decidida por *la a quo*? se debe examinar si procede la condena en costas contra 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 venía vinculada válidamente al RPM desde el 1° de octubre de 1984 (Pdf. 01 Pág.17) hasta el 1° de julio de 2005, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A. (Pdf. 01 Pág. 176), fondo en el cual se encuentra vinculada la demandante 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 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.

También 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 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 PORVENIR S.A. al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado al RAIS, le suministrara a la afiliada una “suficiente, completa y clara información sobre

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.

las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba de referencia que reposa en el expediente es la solicitud de vinculación suscrita por la demandante a PORVENIR S.A., que reposa a folio 178 del pdf.01 contentivo del expediente digital de primera instancia.

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 y de continuidad en el mismo, pues lo cierto es que no se realizó oportunamente 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 le 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. del saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y rendimiento causados, como lo determinó la juez de instancia, siendo procedente adicionar la sentencia en el sentido de señalar que los gastos de administración se deben devolver debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. Se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales contra la 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 lo es la libre escogencia de régimen, se tornan imprescriptibles e irrenunciables conforme lo señala el artículo 48 de la CP y la jurisprudencia³.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos en el recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración y rendimientos, 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 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.

Respecto de la apelación elevada por la parte actora, en relación a que sea condenada a costas también COLPENSIONES, es preciso traer a colación el inciso 1 del artículo 365 del CGP, que señala que este concepto se impone 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, motivo por el cual le asiste razón a la parte demandante, teniendo en cuenta que esa administradora presentó oposición a las pretensiones de la demanda y propuso excepciones previas que no tuvieron prosperidad.

Conforme a lo expuesto, en el presente trámite se condenará en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en favor de la demandante. Sin 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 191 del 18 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que la devolución de los

gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, se realice con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia 191 del 18 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad ni cargas adicionales. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

TERCERO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 191 del 18 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** en costas en primera instancia a **COLPENSIONES**, las costas serán fijadas y liquidadas por el a quo. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 191 del 18 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

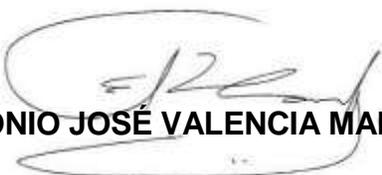
QUINTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000, para cada una de ellas. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

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:

2c6d8e9809a859a5384af75c30a7065135d2f2161dd36b766c36925976630b9a

Documento generado en 31/05/2021 05:36:23 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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