

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	CRISTINA RUBIANO PEREA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 006 2019 00407 01
JUZGADO DE ORIGEN:	SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 040

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 recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia No. 284 del 25 de noviembre de 2020, proferida por el JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 170

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM. (Pdf 01 – Pág. 5 a 12).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf.04 – Págs. 4 a 12).

El apoderado judicial de la administradora, manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad de la demandante, su afiliación al RPM, su traslado a PORVENIR S.A. y posterior solicitud de traslado a COLPENSIONES elevada el 23 de mayo de 2019, petición que fue negada por la entidad. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Se opone a cada una de las pretensiones elevadas en la demanda y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

PORVENIR S.A. (Pdf.01 Págs. 73 a 91)

A través de apoderado judicial, PORVENIR S.A. señaló como ciertos los hechos relacionados con la solicitud elevada el 23 de mayo de 2019 por la demandante ante esa entidad, solicitando autorización para el traslado a COLPENSIONES, petición ante la cual dio respuesta el 10 de junio de 2019, negando el traslado. Afirma no constarle los hechos 1,2, 11 y 12 de la demanda y niega la veracidad de los hechos restantes.

Se opone a cada una de las pretensiones y propone 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 SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 284 del 25 de noviembre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, ordenó a COLPENSIONES su admisión nuevamente en el RPM sin solución de continuidad, ni cargas adicionales para la afiliada, y ORDENÓ a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante en todas sus modalidades, tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS.

No dio prosperidad a las excepciones de fondo propuestas y condenó en costas a PORVENIR S.A. en favor de la parte actora y absolvió a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

PORVENIR S.A. (Minuto 1:16:47)

PORVENIR S.A. solicitó se revoquen los numerales 1, 3, 5 y lo relacionado con la imposición de costas, teniendo en cuenta que no se acreditaron los argumentos para que proceda la declaración de ineficacia de traslado, que se deriva de actuaciones dolosas, aspecto que no fue probado y en tal caso, de existir, se configuraría una nulidad relativa.

Tampoco se probaron los vicios de error, fuerza o dolo y si en gracia de discusión se aceptara que la demandante incurrió en algún error para la toma de su decisión de traslado de régimen por la presunta negligencia en la asesoría, la condena no procedería contra la entidad apelante toda vez que el error de derecho no vicia el consentimiento de quien lo presta.

Señaló que no es procedente la condena de reintegro de bonos pensionales, toda vez que no figura ninguno a favor de la demandante, respecto de la devolución de gastos de administración consideró que generan enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, toda vez que esa entidad no ejecutó ninguna gestión y dichos valores han sido girados a un titular definido legalmente e insistió en que debe valorarse la excepción de prescripción frente a dicho concepto.

COLPENSIONES (Minuto 1:23:37)

COLPENSIONES sustentó su apelación en que la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, impone afectación de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y fiscal del Estado.

Señaló que desde la afiliación, la demandante no había manifestado inconveniente alguno frente al traslado de régimen, lo cual vino a alegar mucho tiempo después, quebrantando los principios de buena fe y el principio que reza nadie puede ir en contra de sus propios actos.

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, presentaron alegatos de conclusión PORVENIR S.A. (Pdf. 05 Cuaderno Digital Tribunal) y COLPENSIONES (Pdf. 06 Cuaderno Digital Tribunal).

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:

¿El traslado de régimen del 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, así como los gastos de administración? También debe analizarse si procede la condena en costas impuesta en primera instancia y si hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción.

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 al RPM desde el 23 de agosto de 1984 hasta el 31 de agosto de 1995 (Pdf. 01 Pág. 98), el día 8 de ese mismo mes y año reporta solicitud de traslado a PORVENIR S.A., fondo pensional en el que se encuentra afiliada efectivamente desde el 1 de septiembre de 1995 hasta la fecha. (Pdf.01 Pág. 93)

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 tienen 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 de la afiliada 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

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.

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 de régimen, le suministraran a la afiliada 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 las únicas pruebas de referencia que reposan en el expediente son, las solicitudes de vinculación suscritas por la demandante (Pdf. 01 Pág. 95) y la respuesta emitida por PORVENIR S.A. a la petente el 10 de junio de 2019, a través de la cual informa:

*“(…) El 08 de agosto de 1995, firmó y diligenció de manera libre, voluntaria y sin presiones, suscribió en señal de aceptación el formulario de afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias de Porvenir, posterior a la asesoría brindada **de forma verbal por el asesor.** (…)*. (Pdf. 01 - Pág. 668).

Al respecto resulta necesario afirmar, que PORVENIR S.A. no muestra la diligencia con que asegura adelantar sus actuaciones como administradora de recursos privados, al no contar con los documentos que en derecho solicitó la afiliada en relación con la orientación e información que estaba obligada a brindar.

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, o su 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 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 tenía PORVENIR S.A. la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se genera

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

la ineficacia del cambio de régimen, en razón a que la vinculación o afiliación al RAIS en estos términos no es válida y por lo tanto, no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES en sus recursos.

Frente a la solicitud de PORVENIR S.A. respecto de la no devolución del porcentaje destinado al pago de gastos de administración, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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 condena en costas, encuentra la sala que el inciso 1º del artículo 365 del CGP, 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 misma a factores objetivos, siendo por lo tanto viable la condena en costas dispuesta contra PORVENIR S.A., en las condiciones que lo ordenó la juez de primera instancia.

Así las cosas, resulta procedente la devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que la AFP administró las cotizaciones de la demandante, tal como lo dispuso la *a quo*, empero habrá de adicionarse la decisión de instancia, ordenando que sean devueltas también, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, y que los gastos de administración se devuelvan debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio, pues así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, entre otras en Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838³.

³ Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.

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 jurisprudencia⁴.

Se condena en costas en esta instancia a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. No se causan costas por la consulta conforme lo establecido en el 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 No. 284 del 25 de noviembre de 2020, proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, y a que los gastos de administración se devuelvan debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 284 del 25 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

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

CUARTO.- 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

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:

41949f6ef4dd356f9292364ab16ee5ca647e2109eaaec57cffd757f6a8693720

Documento generado en 31/05/2021 05:36:51 AM

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