

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ADRIANA MERCEDES ESPAÑA CASTILLO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y OTRA
RADICACIÓN:	76001 31 05 006 2019 00160 01
JUZGADO DE ORIGEN:	SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 109

Santiago de Cali, veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022)

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. 26 del 22 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 013

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado del régimen del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD –RAIS-; en consecuencia, se ordene su regreso automático a COLPENSIONES.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Contesta la demanda y propone como excepciones perentorias las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

PORVENIR S.A.

Se opone a todas y cada una de las pretensiones, formulando 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. 26 del 22 de febrero de 2021, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales; adicional, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación.

Condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de la demandante interpone recurso de apelación respecto a la condena en costas. Aduce que, dada la oposición a las pretensiones y la presentación de excepciones de fondo por parte de COLPENSIONES, al ser una de las entidades vencidas en juicio, debe ser condenada en costas.

La apoderada judicial de COLPENSIONES solicita se revoque el numeral segundo de la sentencia. Argumenta que el literal b del Art. 13 de la ley 100 de 1993 dispone que la selección se realiza de manera libre y voluntaria al momento de realizar la

vinculación o traslado de régimen, teniendo la actora la potestad exclusiva de elegir el régimen pensional al cual deseaba vincularse, constituyendo el formulario plena prueba de la voluntad expresada al momento del traslado. Dice que la demandante nació el 16 de septiembre de 1964, por lo que se encuentra a menos de diez años para ser beneficiaria de la pensión de vejez, conforme la Ley 797 de 2003. Manifiesta que se afilió inicialmente al RPM, luego se trasladó a PORVENIR S.A. en 1995, siendo esta la entidad donde se encuentra actualmente afiliada, siendo válido el traslado. Dice que la demandante no demostró que haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, ha permanecido en el RAIS por más de 26 años, por lo que se concluye conocía las consecuencias del traslado y aun así permaneció en dicho régimen.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. manifiesta que la entidad cumplió con el deber de información, tal como se encontraba regulado en el año 1995 cuando la actora decidió voluntariamente trasladarse al RAIS, recibiendo por parte de asesores calificados información sobre las condiciones, beneficios, características y limitaciones del régimen, dotando de plenos efectos jurídicos el acto de afiliación. Refiere no se puede exigir a la AFP el cumplimiento de una normatividad que no se encontraba vigente al momento de la afiliación, por lo que no se puede solicitar constancia escrita diferente al formulario de afiliación, requerir brindar buen consejo ni desincentivar al posible afiliado de realizar el traslado, si le resultará inconveniente; tampoco es posible exigir una proyección pensional. Dice que las normas que así lo establecen surgen con mucha posterioridad a la fecha del traslado. Aduce que a la demandante le asistía como consumidora financiera el deber de informarse, siendo este de doble vía.

Se opone a la devolución de los rendimientos, manifestando que se debe entender que la demandante nunca tuvo una cuenta de ahorro individual en la que depositar sus cotizaciones, y estas nunca fueron administradas por la AFP, en consecuencia, no se generaron rendimientos, por lo que no es posible ordenar su devolución. Respecto a la devolución de los gastos de administración, dice que la afiliación fue válida y la decisión no es acorde con los artículos 1746 del C.C y 1747 del C.C, respecto de las restituciones mutuas; que no se puede obligar a devolver un bien y al mismo tiempo devolver las sumas que invirtió para mantenerlo e incrementarlo. En cuanto a las comisiones de administración, expresa se causan como contraprestación por la correcta administración de los recursos, por tanto, al haberse utilizado para el citado fin, no se encuentran en poder de la AFP, sin que sea posible devolverlos. También se opone a la orden de devolver los bonos

pensionales al no existir constancia que certifique que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitió uno a favor de la actora.

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. y la parte demandante. Los alegatos de COLPENSIONES son extemporáneos.

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 de la demandante es ineficaz?, 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? Se debe establecer si procede la devolución de los gastos de administración y rendimientos, si prospera la excepción de prescripción. También se debe analizar la condena en costas impuesta por el a quo.

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 RMP desde el 22 de septiembre de 1988 (fl. 63)¹ hasta el 01 de agosto de 1995² (fl. 25), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha.

¹ Pdf.01. ExpedienteDigital, Cuaderno juzgado, fl. 63.

² Pdf. 04. ContestacionDemanda, Cuaderno juzgado, fl. 25

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 demandante³.

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”.

³ 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.

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 la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación” por parte de PORVENIR S.A.⁴ (fl. 35), situación 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 las AFP 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, aun cuando PORVENIR S.A.⁵ (fl. 35) realizó una asesoría a la demandante, esta, en primer lugar fue solicitada por la actora y realizada con posterioridad a la fecha de su vinculación; y, en segundo lugar, no se elaboró teniendo en cuenta 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 jurisprudencia⁶.

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 condena impuesta por el a quo; se adicionará la sentencia para precisar que se condena a PORVENIR S.A. a que los gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, conforme lo señala la jurisprudencia⁷, sean devueltos indexados y con cargo

⁴Pdf. 04. ContestacionDemanda, Cuaderno juzgado, fl. 35.

⁵Pdf.01. ExpedienteDigital, Cuaderno juzgado, fl. 35

⁶ CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

⁷ “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

a su propio patrimonio, por los periodos en que administro las cotizaciones de la demandante.

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 las sumas adicionales de las aseguradoras, se debe señalar que se condena a la devolución del porcentaje destinado a financiar las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, mismos que hacen parte del porcentaje de gastos de administración, en los términos del Art. 20 de la Ley 100 de 1993.

Sobre la devolución de bonos pensionales, si los hubiera, la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL3223 de 2020, ordenó a la AFP del RAIS devolver a COLPENSIONES el bono redimido y absolvió al Ministerio. Por lo tanto, en el evento de haberse constituido bono pensional, su devolución corresponde al fondo de pensiones y no al Ministerio de Hacienda.

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 jurisprudencia⁸.

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)".

⁸ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

En cuanto a las costas en primera instancia, es preciso traer a colación el inciso 1 del artículo 365 del CGP, que 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, por lo que son de recibo los argumentos esgrimidos por la apoderada de la parte demandante, motivo por el cual, se adicionara la sentencia en el sentido de condenar a COLPENSIONES en costas en primera instancia. Las costas serán fijadas y liquidadas por el a quo.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia No. 25 del 22 de febrero de 2021 proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver indexados y con cargo a su propio patrimonio, los gastos de administración, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **SÉPTIMO** de la Sentencia No. 25 del 22 de febrero de 2021 proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** en costas en primera instancia a **COLPENSIONES**. Las costas serán impuestas y liquidadas por el a quo.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 25 del 22 de febrero de 2021 proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- 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.

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

Con firma electrónica


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO


GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 006 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **c9d98d575302cb88088ad116207fddbc0ea44ef954a6ff99be9aa7e8db052bdd**

Documento generado en 28/02/2022 05:59:18 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>