

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	FERNANDO SILVA CONTRERAS
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 004 2018 00436 01
JUZGADO DE ORIGEN:	CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 032

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 el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de OLD MUTUAL S.A., y por COLPENSIONES S.A., respecto de la sentencia No. 24 del 11 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 089

1. ANTECEDENTES

1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL CASO

PARTE DEMANDANTE

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

SOLIDARIDAD –RAIS- con PORVENIR S.A., y su posterior traslado a OLD MUTUAL S.A., solicita se ordene su retorno a COLPENSIONES, junto con todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, rendimientos que se hubieren causado, y finalmente, solicita se condene a los demandados al pago de gastos, costas y agencias en derecho.

DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS

COLPENSIONES

Admite como ciertos los hechos relacionados con la asesoría, la solicitud realizada el 26 de enero de 2018 encaminada a efectuar su traslado, y la negativa emitida de esa Administradora.

Se opone a todas las pretensiones expuestas y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, inexistencia de vicios del consentimiento, buena fe de la entidad demandada, prescripción y la innominada o genérica”*.

OLD MUTUAL S.A.

Admite como ciertos los hechos relacionados con el traslado efectuado por el actor a ese fondo pensional el 20 de diciembre de 2007, la doble asesoría que afirma le fue suministrada, la petición de traslado, la imposibilidad de acceder dicha solicitud; niega el hecho que hace referencia a las circunstancias en las que fue vinculado el actor a dicho fondo pensional; afirma no constarle los demás hechos.

Presenta oposición a las pretensiones directamente relacionadas con ese fondo, y formula como excepciones de fondo las denominadas: *“inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora (sic) de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A.

Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante, el traslado por él efectuado en agosto de 1995 y la documentación solicitada por el actor; afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir-inexistencia de la obligación, buena fe, innominada, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del sistema general de pensiones, enriquecimiento sin causa y falta de legitimación en la causa por pasiva”*.

1.2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali por sentencia 24 del 11 de febrero de 2020, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, declaró la nulidad de la afiliación realizada por el actor al RAIS con COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., así como su posterior traslado a OLD MUTUAL S.A.; condenó a OLD MUTUAL S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES, la totalidad de lo depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos; ordenó a COLPENSIONES recibir al actor y las sumas trasladadas de OLD MUTUAL S.A. Condenó en costas a las entidades demandadas PORVENIR S.A., COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A.

1.3. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada de OLD MUTUAL S.A. apela la condena en costas, sostiene que dicha administradora ha actuado de buena fe. Adicionalmente, manifiesta que, en la época de la afiliación del demandante, oportunamente se le brindó la asesoría respectiva, explicándole las ventajas y desventajas de cada régimen, así como también las condiciones, cálculos matemáticos y las proyecciones pensionales necesarias para que tomara una decisión libre y voluntaria.

La apoderada de COLPENSIONES argumenta en su recurso que una vez buscada la información del demandante en el sistema de información con que cuenta esa administradora, se evidencia que el actor no se haya vinculado a esa

entidad, por lo que la afiliación al RAIS tiene plena validez y cualquier otra alegación deberá ser demostrada en el proceso. Pone de presente la imposibilidad del traslado solicitado desde el RAIS a esa Administradora, cuando le faltare menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

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, presentó escrito de alegatos de conclusión PORVENIR S.A; las demás parte se abstuvieron de descorrer 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 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, en la forma decidida por el *a quo*?

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se adicionará y 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”**

El demandante venía vinculado válidamente desde el 9 de febrero de 1990 al ISS hoy COLPENSIONES (fl. 32) hasta julio de 1997 (Fl.180), fecha en la que se afilió al RAIS con COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., posteriormente se vinculó a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. el 7 de septiembre de 2000 (fl. 127), y el 20 de diciembre de 2007 (Fl. 128) se trasladó a un fondo alternativo de pensiones dentro del mismo fondo pensional al que se encuentra afiliado actualmente.

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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL 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 son los formularios de “*solicitud de vinculación*” (Fls. 127, 128 y 179), 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 COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., hayan 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 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 tenían COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., la carga de acreditar esa diligencia de

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.

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 el traslado con destino a COLPENSIONES, de todo el capital consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, tal como lo dispuso el juez de instancia, así como también el traslado 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, este último, con cargo al propio patrimonio de las demandadas OLD MUTUAL S.A y PORVENIR S.A. por el periodo en que estuvo afiliado el señor SILVA CONTRERAS, conforme lo señala la jurisprudencia³, en ese sentido habrá de adicionarse la decisión de instancia, al igual que, para imponer la obligación a COLPENSIONES de aceptar el traslado del señor SILVA CONTRERAS sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

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.

Con respecto a la condena en costas impuesta 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 a factores objetivos, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por el apoderado de OLD MUTUAL S.A., respecto a la condena en costas en primera instancia.

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,

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas OLD MUTUAL S.A., y COLPENSIONES, en favor del 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 24 del 11 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **OLD MUTUAL S.A.**, a devolver sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, si los hubiere, frutos e intereses, incluidos el porcentaje de los gastos de administración, éstos últimos **con cargo a su propio patrimonio**, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

CONDENAR a **PORVENIR S.A.**, a devolver **con cargo a su propio patrimonio** el porcentaje de los gastos de administración, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

Se confirma en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia 24 del 11 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** la obligación a **COLPENSIONES S.A.**, de aceptar el traslado de demandante, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales al demandante. Se confirma en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 24 del 11 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **OLD MUTUAL S.A.** y **COLPENSIONES** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho

un valor de \$900.000 para cada una. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas por el *a quo* 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



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:

84bfe513337ef79222c2e2828e779bfca106b9b1f20129bfd4bd7f3c88e4501d

Documento generado en 27/07/2020 03:45:20 p.m.