

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	EDGAR MORALES CEBALLOS
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 008 2019 00334 01
JUZGADO DE ORIGEN:	OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 040

Santiago de Cali, once (11) de agosto 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 de COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., respecto de la sentencia No. 430 del 20 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 137

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante la ineficacia del traslado del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, se ordene su retorno al Régimen de Prima Media –RPM-; se ordene a PORVENIR S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes, bonos pensionales, rendimientos y semanas

cotizadas, y se ordene a COLPENSIONES a aceptar su traslado de régimen. (Fl. 2)

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Fls. 87 a 93)

Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante, el inicio de su vida laboral y su afiliación al RPM, la solicitud de traslado elevada el 3 de mayo de 2019 y la respuesta a dicha petición. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda. Presenta oposición a todas las pretensiones formuladas y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad y la innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A. (Fls. 107 a 136)

Admite como ciertos los hechos que hacen referencia al inicio de la vida laboral del actor, el traslado realizado a esa administradora en marzo del 2000, la proyección pensional realizada el 28 de marzo de 2019, la petición de traslado de régimen del 3 de mayo del mismo año y la respuesta emitida por esa AFP, el número de semanas cotizadas y el IBC del demandante. Niega que por parte de esa administradora se haya omitido el deber de información clara y suficiente en lo que respecta el acto de vinculación del actor al RAIS. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Se opone a la prosperidad de todas las pretensiones que estén dirigidas contra ese fondo pensional y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de acción, ausencia de derecho sustantivo y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez del traslado del actor al RAIS a través de la vinculación al fondo de pensiones obligatorias hoy administrado por Porvenir S.A., buena fe de la entidad demandada, compensación y la innominada o genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado octavo Laboral del Circuito de Cali por sentencia No. 430 del 20 de septiembre de 2019, declaró no probadas las excepciones; en consecuencia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, ordenó a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, sumas por concepto de gastos de administración debidamente indexados y rendimientos, y finalmente condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de PORVENIR S.A., sustenta su recurso en que, por parte de esa administradora, se expusieron las características y particularidades propias de cada régimen pensional existente, de manera que el afiliado, de forma libre y espontánea, supo elegir a qué régimen quería pertenecer, lo que se demuestra con la suscripción del formulario de vinculación al RAIS. Pone de presente que, la permanencia a lo largo de los años del actor en ese régimen pensional no se debió a una decisión arbitraria de ese fondo, sino a la falta de intensión del señor MORALES CEBALLOS de trasladarse, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS. Manifiesta que esa AFP a través de diarios de amplia circulación, manifestó a los afiliados la oportunidad que tenían de trasladarse de nuevo al RPM, sin que se hallara por parte del actor solicitud alguna al respecto. Sostiene que, para la fecha de la afiliación no se exigía por la ley proyecciones pensionales ni mucho menos asesorías de manera escrita. Finalmente pone de presente que no es dable acceder a la condena en costas impuestas, pues siempre se ha actuado de buena fe y con sujeción a las normas que regulan la materia.

El apoderado judicial de COLPENSIONES, sostiene que el demandante no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo de régimen pensional, y mucho menos ahora, cuando le hacen falta menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión de vejez. Afirma que no se demostró que el contrato de afiliación con el que se trasladó del RPM al RAIS, esté revestido de ilegalidad o alguna causal de invalidez. Pone de presente que, a su juicio, no puede predicarse la ineficacia o ilegalidad de un contrato con base en la diferencia pensional existente en ambos regímenes, pues los mismos fueron establecidos desde su entrada en vigencia, y en ese sentido, afirma que no es dable acceder a lo pretendido por el demandante bajo el argumento de una expectativa mayor de pensión en el RPM. Finalmente recalca que, de recibir al demandante de nuevo en el RPM a portas de adquirir su

pensión de vejez, se estaría atentando contra la estabilidad del sistema general de pensiones.

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, PORVENIR S.A. presentó escrito de 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:

¿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*? Hay lugar a condenar en costas?

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 RPM desde el 31 de enero de 1985 (fl.141 vto) hasta el 14 de marzo del 2000 (Fl. 140), fecha en la que se afilió al RAIS con PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado hasta la fecha.

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 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 la única prueba es el formulario de “*solicitud de vinculación*” (fl.140), 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*”. La publicación realizada con posterioridad en un medio de amplia circulación nacional no remedia la falencia inicialmente presentada, por lo que no basta con ella para tener por cumplidas las obligaciones de la entidad respecto de sus afiliados.

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, 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.

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.

No hay prueba en el expediente, y tenían 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 de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante, tal como lo dispuso la juez de instancia, así como también 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 con cargo al propio patrimonio de la demandada PORVENIR S.A. conforme lo señala la jurisprudencia³, y en ese sentido, habrá de adicionarse la decisión de instancia, en el sentido de imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado, sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales al afiliado.

En cuanto 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 la misma a factores objetivos, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por PORVENIR 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 la demandada PORVENIR 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 **SEGUNDO** de la Sentencia No. 430 del 20 de septiembre de 2019 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, **DEVOLVER** todos los valores depositados en la cuenta de ahorro individual del señor **EDGAR MORALES CEBALLOS**, como, bonos pensionales, si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, los frutos e intereses, incluidos con cargo a su propio patrimonio el porcentaje de los gastos de administración, previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante. Se confirma en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR la Sentencia No. 430 del 20 de septiembre de 2019 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES**, la obligación de aceptar el traslado del señor **EDGAR MORALES CEBALLOS**, sin solución de continuidad y sin imponérsele cargas adicionales al afiliado.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de **NOVECIENTOS MIL PESOS (\$900.000)** a 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:

e69d4def6c54064a10962a59ab2f5b5db23f233608bfb3bff4abb9202c1873c2

Documento generado en 10/08/2020 12:49:23 p.m.