

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ORLANDO ESPINOSA BERMUDEZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
LITISCONSORTE:	PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 012 2019 00266 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DOCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO, RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.
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 recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad, respecto de la sentencia No. 317 del 17 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 136

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad de la afiliación del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se ordene su retorno al Régimen de Prima Media y se condene a los demandados en costas y agencias en derecho (Fls. 105-117).

Como sustento de sus pretensiones señala que:

- i) Nació el 24 de junio de 1955;
- ii) Ha aportado al Sistema General de Pensiones con el entonces ISS hoy COLPENSIONES y con COLFONDOS S.A.;
- iii) El 12 de julio de 2018 solicitó el traslado de régimen, sin respuesta por COLFONDOS S.A.;
- iv) Solicitó a COLPENSIONES autorizar el traslado al RPM, dando respuesta manifestando que se encuentra afiliado al RAIS;
- v) COLFONDOS S.A. al momento de la afiliación, tenía la obligación de brindar la información necesaria respecto a los derechos prestacionales, para que se tome una decisión objetiva.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Da contestación a la demanda manifestando que no le constan la mayoría de los hechos. Se opone a todas y cada una de las pretensiones. Propone como excepciones de mérito, las que denominó: *“innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción”* (Fls. 130-131).

COLFONDOS S.A.

Da contestación a la demanda, manifestando que cumplió todos los requisitos legales que para la época de la afiliación le era exigible. Se opone a las pretensiones y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado”* (Fls. 156-157).

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali por sentencia No. 317 del 17 de octubre de 2019, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la nulidad del traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, y de todas las afiliaciones que éste haya tenido dentro del RAIS, conservándose en consecuencia el RPM, administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad.

CONDENÓ a COLFONDOS S.A., a trasladar los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el demandante, junto con sus rendimientos.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada de COLPENSIONES, interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, pues el traslado de régimen obedeció a una decisión libre y voluntaria del actor, y no es posible que después de 20 años de permanencia en del RAIS, alegue la nulidad del traslado, el tiempo convalida que el traslado es plenamente válido. De manera subsidiaria solicitó que COLFONDOS S.A., devuelva con cargo a su propio patrimonio, los gastos de administración, indexados, igualmente los valores destinados al fondo de garantía de pensión mínima, los porcentajes destinados a pensión de invalidez y sobrevivencia, las mermas que hubiere sufrido la cuenta de ahorro individual, los saldos de las cuentas de rezago, cuentas de no vinculados, aportes voluntarios si los hubiera, seguros previsionales, bonos pensionales si los hubiere.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES, frente a lo no apelado -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, la parte demandante y COLPENSIONES presentaron 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 de la 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 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 al RPM desde el 19 de marzo de 1987 (fl.19, 139), hasta el 1 de abril de 1995 (fl. 5), fecha en la que se afilió al RAIS con COLFONDOS S.A.

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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLFONDOS 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 las únicas pruebas de la vinculación del demandante a COLFONDOS S.A., son la manifestación de COLPENSIONES en oficio BZ2018_8662042 (f. 5) y los extractos

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.

de la cuenta de ahorro individual del demandante (fls. 51, 92-104), sin que se aporte siquiera el formulario de afiliación, por tanto, no resultan suficientes las pruebas del plenario para lograr este cometido.

Así pues, no se demuestra que COLFONDOS 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.

No hay prueba en el expediente, y tenía COLFONDOS 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 los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el demandante, junto con sus rendimientos, tal como lo dispuso la juez de instancia, siendo procedente adicionar la decisión de primera instancia, para ordenar la devolución de bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio conforme lo señala la jurisprudencia³, así como para imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado del demandante, sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

³ "Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado 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)".

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.

En virtud de lo expuesto, se adicionará la decisión de primera instancia, sin lugar a condena en costas, dada la prosperidad de la alzada y 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 **TERCERO** de la sentencia del 17 de octubre de 2019, proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a la devolución de bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estos con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia en el sentido de imponer a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado del demandante, sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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



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:

1574e0b7c2fb1b091a9f8af0672cf5ead46feaa573fc7b275f8dbe478531dfb7

Documento generado en 10/08/2020 12:48:38 p.m.