

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MARÍA PATRICIA CALDERÓN PIEDRAHITA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES S.A., PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 009 2019 00621 01
JUZGADO DE ORIGEN:	NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 044

Santiago de Cali, ocho (8) de septiembre 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 PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A., respecto de la sentencia No. 50 del 11 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

SENTENCIA No. 154

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM-al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, en consecuencia se declare la ineficacia de las

afiliaciones entre fondos del RAIS, y se condene a OLD MUTUAL S.A., al traslado de los aportes, bonos pensionales, rendimientos y semanas cotizadas con destino a COLPENSIONES; se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Fis. 113 a 121).

Admite como cierto únicamente el hecho relacionado con el nacimiento de la demandante, afirma no constarle los demás. Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa, y solicitud de reconocimiento oficioso de excepciones”*.

OLD MUTUAL S.A. (Fis. 186 a 200)

La apoderada judicial de la demandada, admite como ciertos los hechos que hacen referencia a la actual afiliación de la demandante, el monto de las cotizaciones realizadas a COLPENSIONES, el traslado efectuado a PROTECCIÓN S.A, a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A y a OLD MUTUAL S.A, la proyección pensional realizada por OLD MUTUAL S.A, la solicitud de traslado y su respuesta, el monto del IBC y el total de semanas cotizadas a la fecha en ese fondo pensional. Afirma no constarle los demás hechos. Se opone a las pretensiones directamente relacionadas con ese fondo pensional y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de su edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta del deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de éste proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica”*.

PORVENIR S.A (Fis. 241 al 259).

Admite como ciertos los hechos relacionados con el nacimiento de la demandante y los traslados realizados, niega la forma en la que la demandante afirma que se llevó a cabo el traslado por parte de esa AFP, así como también la aparente omisión en el deber de información, no le constan los demás hechos de la demanda. Se opone a todas las pretensiones formuladas 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”*.

PROTECCIÓN S.A. (265 a 297)

Admite ser ciertos los hechos referentes al natalicio de la actora, su actual afiliación a OLD MUTUAL S.A, el traslado desde COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A. el 21 de julio de 1995 y el estado actual de la actora respecto de ese fondo pensional. Asegura que contrario a lo manifestado, esa administradora capacita de manera integral a sus asesores antes de proceder a realizar los traslados, sin incurrir en falta al deber en la información. Se opone a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ratificación de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y la innominada o genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 50 del 11 de febrero de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; DECLARÓ la ineficacia del traslado realizado por la actora del RPM al RAIS inicialmente con PROTECCIÓN S.A., luego HORIZONTE S.A., PORVENIR S.A. y finalmente por OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., ORDENÓ la admisión de la actora en el RPM, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales a la afiliada, conservando el régimen al que tenía derecho; ORDENÓ a

OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., trasladar con destino a COLPENSIONES todos los aportes realizados al RAIS con motivo de la afiliación de la actora; ordenó a COLPENSIONES cargar a la historia laboral de la demandante los aportes trasladados. CONDENÓ en costas a las demandadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado de COLPENSIONES sustenta su recurso afirmando que el traslado realizado en el año 1995, y que fue declarado nulo, goza de plena validez y sostiene que la actora a la fecha, no cumple con los requisitos que establece la norma para que ese tipo de afiliados puedan trasladarse de régimen en cualquier, pues la señora CALDERÓN PIEDRAHITA se encuentra a menos de 10 años de adquirir su derecho pensional.

La apoderada de PORVENIR S.A. argumenta que el traslado efectuado por la actora al RAIS con los diferentes fondos pensionales, fue debidamente informado y que sus afiliaciones con las administradoras demandadas, también fueron realizadas de manera voluntaria.

El apoderado judicial de OLD MUTUAL S.A., sustenta su recurso de alzada poniendo de presente que deben acreditarse las condiciones específicas que establece la norma para que sea posible el traslado del RAIS al RPM, dentro de los cuales se halla la prohibición de traslado cuando al afiliado le falten menos de 10 años para tener derecho a la pensión de vejez, adicionalmente recalca que por parte de esa Administradora, se cumplió con el deber legal de información necesaria y no vició el consentimiento 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, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. 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. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará y 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 RPM con el ISS hoy COLPENSIONES desde el 19 de noviembre de 1990 (fl. 152) hasta el 21 de julio de 1995 (Fl. 264), fecha en la que se trasladó a PROTECCIÓN S.A.; posteriormente, el 28 de junio de 2002 (*ibíd.*) se trasladó a HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A.; el 11 de agosto de 2008 se trasladó a PORVENIR S.A., y finalmente, el 2 de diciembre de 2015 se afilió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., (fl. 201), fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha, tal y como lo asegura el apoderado judicial de esa entidad en la contestación (fl. 186).

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 PROTECCIÓN S.A., HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL hoy SKANDIA 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 que reposa en el expediente son los formularios de “solicitud de vinculación” (Fls. 42, 139, 260 y 45), lo que no resulta suficiente para lograr este cometido, 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 PROTECCIÓN S.A., HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL hoy SKANDIA 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 PROTECCIÓN S.A., HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A, y OLD MUTUAL hoy SKANDIA 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.

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.

Así las cosas, resulta procedente el traslado con destino a COLPENSIONES, de todo el capital consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo dispuso la 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, conforme lo señala la jurisprudencia³, con cargo al propio patrimonio de la demandada OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A; adicionalmente, se ordenará a PORVENIR S.A., y a PROTECCIÓN S.A. trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración por los periodos en el que estuvo afiliada la señora CALDERÓN PIEDRAHITA a esos fondo pensionales, ello con cargo al propio patrimonio de las administradoras.

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.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES 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:

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,

PRIMERO.- MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la sentencia No. 50 del 11 de febrero de 2020 proferida por el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., TRASLADAR** con destino a **COLPENSIONES**, todas las sumas que se hallen en la cuenta de ahorro individual de la señora **MARÍA PATRICIA CALDERÓN PIEDRAHITA**, incluyendo las 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. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR sentencia No. 50 del 11 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A y a PROTECCIÓN S.A** devolver con cargo a sus propios patrimonios, el porcentaje de los gastos de administración por los periodos en que administraron las cotizaciones de la demandante,

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

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., y COLPENSIONES**, en favor de la 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 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 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: **3e66687ec9c8111e0ba2dd551744ceda483695535e1207297ae04ad834172265**

Documento generado en 07/09/2020 06:35:48 p.m.