

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MARÍA LETICIA BEDOYA BOTERA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 011 2019 00107 01
JUZGADO DE ORIGEN:	ONCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 59

Santiago de Cali, dieciocho (18) de diciembre 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 JOSÉ 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES respecto de la sentencia 107 del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 253

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la actora que se declare la nulidad de traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, en consecuencia, se ordené la devolución de los dineros,

cotizaciones, bonos pensionales con los rendimientos y el pago de costas y agencias en derecho. (f. 4 a 22).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento de la demandante, su afiliación al RPM, las solicitudes de traslado y la respuesta emitida por esa entidad. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada”*. (f. 101 a 102).

PORVENIR S.A

Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad de la demandante y la solicitud de nulidad presentada. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones, y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción de la acción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y innominada”*.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 107 del 12 de marzo de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la nulidad del traslado a PORVENIR S.A., ORDENÓ el regreso al RPM administrado por COLPENSIONES.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a devolver todas las sumas recibidas con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, frutos, sumas adicionales, intereses, rendimientos, gastos de administración y comisiones.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. al sustentar el recurso de apelación hace un recuento de decisiones de la Corte Constitucional sobre doctrina probable y precedente judicial, y de la Corte Suprema de Justicia sobre etapas del deber de información, las que considera se deben aplicar estrictamente al caso en concreto; por lo que no se puede equiparar el caso de la demandante a otro caso estudiado respecto del deber de asesoría, información y buen consejo que surge con el artículo 3 literal c de la Ley 1328 del 2009 y del Decreto 2241 del 2010; manifiesta que tanto las normas como la jurisprudencia sobre la obligación de las AFP de dar información son posteriores al traslado de la demandante, por lo que no se deben aplicar. Incluso expresa que el deber de doble asesoría es posterior al traslado.

El apoderado de COLPENSIONES sustenta su recurso de apelación solicitando la revocatoria de la condena en costas que ha sido impuesta a la entidad, toda vez que la situación que es objeto de litigio es ajena y no tiene que ver con el consentimiento de los demandantes al momento de trasladarse de régimen.

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 COLPENSIONES y PORVENIR.

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*? ¿ se incurrió en error al condenar en costas a COLPENSIONES?

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 RPM desde el 16 de septiembre de 1988 (fl. 181.) hasta el 16 de septiembre del 1998 (fl. 137), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliada 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 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.

Concretamente respecto del deber de información la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1452-2019, concluyó:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

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

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.

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 es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación” (fl. 134), 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 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.

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 devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo dispuso el juez de instancia, así como también de las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, bonos pensionales, gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos últimos, conforme lo señala la jurisprudencia³, con cargo al propio patrimonio de la demandada PORVENIR S.A., y en ese sentido, habrá de adicionarse la decisión de instancia, al

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)”.

igual que, para imponer la obligación a COLPENSIONES S.A., de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales a la afiliada.

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 cuanto 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 el apoderado de COLPENSIONES respecto a la condena en costas en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas 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:

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia 107 del 12 de marzo de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A** a devolver bonos pensionales y con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por los

⁴ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

periodos en que administró las cotizaciones de la demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia 107 del 12 de marzo de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER a COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado de la afiliada sin solución de continuidad ni cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 107 del 12 de marzo de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$900.000. 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



GERMAN 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:

4946bd42be3996acba4b3060d0a3556069dbbf5b109b368b8edc39dff25cf606

Documento generado en 14/12/2020 04:02:17 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>