

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

| | |
|----------------------------|--|
| CLASE DE PROCESO: | ORDINARIO LABORAL |
| DEMANDANTE: | ABEL ENRIQUE PALOMINO ANDRADE |
| DEMANDADOS: | COLPENSIONE S y PORVENIR S.A., |
| RADICACIÓN: | 76001 31 05 018 2019 00365 01 |
| JUZGADO DE ORIGEN: | DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO |
| ASUNTO: | APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO. |
| MAGISTRADO PONENTE: | MARY ELENA SOLARTE MELO |

ACTA No. 64

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 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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A. respecto de la sentencia No. 92 del 11 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 256

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la ineficacia del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD –RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM. (FI.3-23).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Fls. 69 a 77).

La apoderada judicial de la administradora manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con la afiliación al RPM, aclarando que no fue a partir del año 1987 sino desde 1995 de acuerdo al reporte de semanas cotizadas; también admite como cierta la solicitud 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 y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, buena fe, compensación, genérica*".

PORVENIR S.A (Fl.109 a 123).

Admite el traslado realizado en abril de 2004; sin embargo, refiere que en ese momento, el demandante recibió información veraz, completa y oportuna en relación con las condiciones y beneficios propios del RAIS.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: "*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, excepción genérica*".

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 92 del 11 de marzo de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; ORDENÓ su admisión en el RPM.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, 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, las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la

Ley 100 de 1993, esta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio. Y CONDENÓ a COLPENSIONES a aceptar el traslado sin solución de continuidad no cargas adicionales.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., sustenta su recurso manifestando que se declara la ineficacia del traslado por considerar que no se le brindó la información requerida, esto conforme a la jurisprudencia; sin embargo, dice que para la época del traslado del demandante no estaba vigente la Ley 1748 de 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, y es a partir de estos que se hace exigible la asesoría, al menos sobre los montos de las mesadas pensionales que podría gozar el afiliado; dice que la entidad actuó de buena fe, pues el traslado se hizo conforme al Decreto 692 de 1994, donde se exigía únicamente el formulario de afiliación con la respectiva pre impresión. Que no se puede hacer el comparativo con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, pues en las mismas se habla de expectativas legítimas y este no es el caso. Que se debe dar aplicación a la excepción de prescripción, pues se trata el tema del formulario de afiliación y no el derecho a la seguridad social. Que no se puede imponer condena para la devolución de gastos de administración, pues la ineficacia se debe retrotraer al momento de la afiliación y estos gastos se deben compensar respecto de los rendimientos de la cuenta de ahorro pensional.

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, las partes presentaron 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:

¿Es ineficaz el traslado de régimen del demandante?, 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*? Además se debe estudiar si es procedente la devolución de los gastos de administración.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se confirmará**, 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 RMP desde el 1 de octubre de 1995 (fl. 78) hasta el 26 de abril de 2004 (fl. 125), 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.

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 que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de **“solicitud de vinculación”** (fl. 123), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido,

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.

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 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 todos los valores que hubiere recibido PORVENIR S.A. por motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, 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, las cuotas de administración previstas en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, esta última debidamente indexada y a cargo de su propio patrimonio, tal como lo dispuso el juez de instancia, y en ese sentido habrá de confirmarse la decisión de instancia.

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 jurisprudencia³.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

³ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos PORVENIR S.A., en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia ha señalado en reiteradas ocasiones que la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional del afiliado, trae como consecuencia retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de que se produjera dicho traslado, como si ese acto jurídico jamás se hubiese producido, siendo también procedente el reintegro de dichos gastos de administración por parte de las AFP del RAIS con cargo a su propio patrimonio. Para el efecto se pueden consultar las sentencias SL 31989-2008, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019, SL 3464-2019 y SL4360-19.

Conforme a lo expuesto, se confirmará la sentencia bajo estudio, condenando en costas en esta instancia a la demandada PORVENIR S.A., 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.- CONFIRMAR la Sentencia No. 92 del 11 de marzo de 2020, proferida por el **JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, 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.

TERCERO.- 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:

ab137966021b8958f28c689cbd0cbc282cc6a2f66797e75bff8dfce78ee07bc1

Documento generado en 14/12/2020 01:33:14 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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