

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	HERNANDO AGUIRRE QUERISMAL
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 011 2019 00091 01
JUZGADO DE ORIGEN:	ONCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 71

Santiago de Cali, veintinueve (29) de enero de dos mil veintiuno (2021)

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 la apoderada de PORVENIR S.A., respecto de la sentencia No. 299 del 15 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 23

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON

SOLIDARIDAD –RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM. (Pdf. 01 – Pág. 3 a 60).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf. 01 – Págs. 69 a 79).

La apoderada judicial de la administradora manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el traslado del demandante al RAIS en el año 1999, la solicitud de traslado elevada a esa entidad, la respuesta negativa a la petición y la proyección de simulación pensional solicitada por el interesado, emitida por PORVENIR S.A. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: “*inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción*”.

PORVENIR S.A (Pdf. 01 – Págs. 85 a 130).

Admite como ciertos los hechos relacionados con el traslado del demandante desde el RPM al RAIS en el año 1999 a través de PORVENIR S.A. y la proyección de simulación pensional solicitada por el interesado y emitida por ese fondo. 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, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y buena fe*”.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, con sentencia No. 299 del 15 de octubre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, ordenó su admisión nuevamente en el RPM administrado por COLPENSIONES, ordenó a PORVENIR S.A. devolver todos los valores correspondientes a cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del demandante al RAIS al igual que las comisiones y gastos de administración.

Condenó en costas a las demandadas en favor de la parte actora.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. sustenta su recurso con base en que esa entidad sí cumplió con su deber de información verbal hacia el demandante, aclarando que en el año 1995 en que se dio la afiliación no se encontraban vigentes las exigencias que actualmente se imponen contra las AFP.

Conforme a lo referido por el actor en el interrogatorio de parte, se conoce que previo a su afiliación éste recibió asesoría a través de una charla grupal en su lugar de trabajo y actualmente recuerda que el RAIS es un sistema a través del cual podía pensionarse anticipadamente e igualmente conocía que la administración de sus aportes generaría unos rendimientos.

Refirió que la decisión adoptada por el demandante fue adoptada sin ningún tipo de vicios del consentimiento y que si bien, durante los años siguientes podía regresar al RPM de considerarlo más ventajoso, no lo hizo dentro del plazo legal concedido para tal efecto.

Señaló que de ser nula la afiliación a ese fondo, los aportes del demandante no habrían generado rendimientos, toda vez que en el RPM habrían ido a una cuenta común y ese sería el único capital con que contaría el actor, razón por la cual consideró que no existe argumento válido para la devolución de ganancias y en el mismo sentido, solicitó se revoque la devolución de gastos de administración.

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, presentó alegatos de conclusión COLPENSIONES (Pdf. 05 Cuaderno Digital Tribunal), PORVENIR S.A. (Pdf. 06 Cuaderno Digital Tribunal) y la parte demandante. (Pdf. 07 Cuaderno Digital Tribunal)

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, así como los gastos de administración, en la forma decidida por *la quo*?

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 RMP desde 1º de febrero de 1994 (Pdf. 01 Pág. 25), el 29 de junio de 1999 se reporta traslado al RAIS a través de PORVENIR S.A. (Pdf. 01 Pág. 48), afiliación que se mantiene vigente 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 respecto de la cual es deber precisar,

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.

que si bien tanto la parte activa como la pasiva de la *Litis* han admitido el hecho de la afiliación a esa AFP, no figura en el expediente prueba documental del formulario de “*solicitud de vinculación*” suscrito por el actor en el año 1999, documento que de existir tampoco brinda la veracidad suficiente sobre el asunto bajo debate, duda que sería superada con prueba física o magnética, en video o audio respecto de la orientación oportuna e integral que ese fondo de pensiones estaba obligado a brindar al afiliado.

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, o su continuidad en el mismo, 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 del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que la AFP administró las cotizaciones del demandante, empero habrá de adicionarse la decisión de instancia, ordenando la devolución de bonos pensionales, y que los gastos de administración sea devueltos debidamente indexados con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., pues así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, entre otras en Sentencia SL 1688-

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

2019, radicación 68838³. Se adicionará la decisión para IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado del afiliado sin solución de continuidad ni cargos adicionales.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por 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, 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.

Respecto de la excepción de prescripción, 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.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante por la no prosperidad de la alzada. No se causan costas por la consulta conforme lo establecido en el 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 299 del 15 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE**

³ Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.

CALI, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** debe devolver los bonos pensionales y gastos de administración. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la sentencia 299 del 15 de octubre de 2020, proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** debe devolver el porcentaje de comisiones y gastos de administración por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia No. 299 del 15 de octubre 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 del afiliado sin solución de continuidad ni cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 299 del 15 de octubre de 2020, proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

QUINTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas por la *a quo* conforme el Art. 366 del C.G.P.

SEXTO.- 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

Con firma electrónica


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:

18a84a56399b906cbe147c3e9c7229f832ec8a71f28d0a06b361c9ef49d33461

Documento generado en 28/01/2021 02:51:10 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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