

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MARYSOL ALVAREZ CORRALES
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 016 2019 00387 01
JUZGADO DE ORIGEN:	DIECISEIS LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO 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 recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 162 del 8 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 22

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la 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. 2 a 101).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf01 – Págs. 115 a 125).

La apoderada judicial de la administradora manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad de la demandante, su afiliación al ISS el 18 de septiembre de 1994 y la solicitud de traslado elevada ante esa entidad, respecto de la cual se emitió respuesta negativa. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Se opone a todas las pretensiones elevadas por activa y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“la innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación e imposibilidad de condena simultánea de indexación a intereses moratorios”*.

PORVENIR S.A (Pdf.01 – Págs. 176 a 229).

Admite como ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad de la demandante, el traslado del RPM al RAIS, así: en abril 8 de 1997 a PORVENIR, en junio 8 de 1998 a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, el cual se fusionó con PORVENIR S.A. y en abril 12 de 2000 a PORVENIR S.A. 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 e inexistencia de la obligación y buena fe”*.

COLFONDOS S.A (Pdf.01 – Págs. 230 a 237).

Manifiesta la apoderada judicial, que son ciertos los fácticos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante y la vinculación de esta a COLFONDOS desde el 20 de marzo de 2003 hasta esa fecha. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Presenta oposición a las pretensiones sobre pago de costas y agencias en derecho y a las condenas ultra y extra petita y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez y ratificación de la afiliación, prescripción de la acción de nulidad, compensación y pago y la innominada”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 162 del 8 de octubre de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante a COLFONDOS y PORVENIR S.A, ordenó a COLPENSIONES aceptar el regreso de la demandante al RPM y ordenó a COLFONDOS el retorno de todos los valores cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Condenó en costas a PORVENIR S.A. en favor de la parte actora y absolvió a COLFONDOS. Fijó como agencias en derecho la suma 2 SMLMV a cargo de PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de COLPENSIONES sustenta su recurso con base en que el fallo no tuvo en cuenta la sostenibilidad financiera de esa entidad y tampoco el hecho de que las administradoras de pensiones privadas están obligadas a reintegrar todos los valores que hubiera percibido en razón de la afiliación de la demandante, esto es, cotizaciones, recursos, cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y 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), COLFONDOS S.A. (Pdf. 06 Cuaderno Digital Tribunal) y PORVENIR S.A. (Pdf. 07 Cuaderno Digital Tribunal), la parte demandante guardó silencio.

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 *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”**

La demandante venía vinculada válidamente al RMP desde el 18 de septiembre de 1992 hasta el 28 de febrero de 1997 (Pdf. 002 Cuaderno 1 Archivo 13), el 1 de junio de 1997 hasta el 31 de mayo de 1998 se reporta traslado al FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS HORIZONTE, el 1° de junio de 1998 hasta el 31 de mayo de 2000 se reporta traslado a PORVENIR S.A., del 1° de junio de 2000 hasta el 31 de diciembre de 2000 nuevamente a HORIZONTE y el 1° de enero de 2002 a COLFONDOS S.A. (Pdf. 01 Pág. 201), 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 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 las demandadas, al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministraran 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 que reposa en el expediente son las suscripciones de formularios de “*solicitud de vinculación*” (Pdf. 001 – Págs. 8 y 198 a 200), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en ellos 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 ni COLFONDOS S.A., hayan 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 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 tenía PORVENIR S.A. y 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.

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 la devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, tal como lo dispuso la *a quo*, empero habrá de adicionarse la decisión de instancia, ordenando que sean igualmente reintegrados los conceptos percibidos por bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, 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 de la demandante, valores que se devolverán debidamente indexados con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., pues así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, entre otras en Sentencia SL 1688-2019, 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.

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.

Al prosperar parcialmente el recurso de alzada no hay lugar a condenar en costas a COLPENSIONES. 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 **TERCERO** de la sentencia 162 del 8 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el

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.

traslado de la afiliada sin solución de continuidad ni cargos adicionales.
CONFIRMANDO en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la sentencia 162 del 8 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de establecer que **COLFONDOS S.A.** debe devolver además de los valores cotizados, los conceptos recibidos por bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos, comisiones y gastos de administración por el tiempo en que administró las cotizaciones de la demandante, estos últimos se devolverán debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

CONDENAR a **PORVENIR S.A.** a devolver los gastos de administración por el tiempo en que administró las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

CONFIRMANDO en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 162 del 8 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**,

CUARTO.- SIN COSTAS por la consulta.

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

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:

1e30791ab01948d32d873fd9a02f1e16b7825d055964b37e99399237975adc02

Documento generado en 28/01/2021 02:51:12 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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