

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	HÉCTOR FABIO ALARCÓN HERNÁNDEZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 003 2019 00393 01
JUZGADO DE ORIGEN:	TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 17

Santiago de Cali, cinco (5) de marzo 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 los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A. respecto de la sentencia No. 226 del 1 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 62

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS y se ordene el traslado al régimen de prima

media con prestación definida – RPM y la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (FIs. 140-158).

Da contestación a la demanda, manifestando no constarle la mayoría de hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones que relacionan a la entidad y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, ausencia de vicios en el traslado, buena fe de la entidad demandada, prescripción”*.

OLD MUTUAL S.A. (FIs. 192-222)

Se opone a la totalidad de pretensiones de la demanda y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, buena fe de la entidad demandada la sociedad Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías s.a., compensación, innominada o genérica”*.

COLFONDOS S.A. (FIs. 258-

Da contestación a la demanda, oponiéndose a las pretensiones dirigidas a la sociedad y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de la afiliación a Colfondos s.a., validez del traslado del régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP’S realizado por el demandante, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ratificación de la*

afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación, innominada o genérica”.

PORVENIR S.A. (Fls. 312-339)

Se opone a la totalidad de pretensiones en contra de la sociedad y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, innominada o genérica”.*

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 226 del 1 de septiembre de 2020, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante al RAIS.

CONDENÓ a OLD MUTUAL S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del demandante.

CONDENÓ a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y OLD MUTUAL S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión del traslado del demandante, por el tiempo que este haya estado afiliado a cada una de las AFP del RAIS.

CONDENÓ a COLPENSIONES a que reciba al demandante en el RPM y reciba las sumas provenientes de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y OLD MUTUAL S.A., para mantener su estabilidad financiera y financiar la prestación económica que como administradora del RPM debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La apoderada de OLD MUTUAL S.A. solicita se revoque los numerales 1, 2 y 5 de la sentencia. Manifiesta que la parte demandante no acreditó la ineficacia del traslado. Si se acepta que en la afiliación hubo error por falta de información, este sería de derecho, el cual no vicia el consentimiento, adicionalmente con el tiempo

de permanencia en el RAIS y los traslados entre AFP's, este error se encontraría convalidado. En el evento en que no se revoque la sentencia, solicita que no se ordene la devolución de los rendimientos, pues estos son frutos de la administración de la AFP, tampoco los gastos de administración, pues estos se encuentran permitidos por la Ley y no hacen parte del patrimonio del afiliado, generándose con su devolución un enriquecimiento sin causa. Debe darse aplicación a la prescripción respecto de los gastos de administración. Solicita la revocatoria de condena en costas, pues la sociedad se ajusto a lo establecido en la Ley.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de las condenas, ratificando lo dispuesto en la demanda y manifestando que para la época del traslado, la AFP brindó la información acorde a la normatividad vigente para esa fecha. Que los traslados horizontales dentro del RAIS ratifican la voluntad del afiliado de permanecer en el RAIS. Sobre la prescripción se debe tener en cuenta que el derecho pensional no está en riesgo, siendo que lo que prescribe es el acto de afiliación al RAIS. Dice que los gastos de administración se encuentran autorizados por la Ley, pues se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual, y PORVENIR S.A. ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros y su devolución generaría enriquecimiento sin justa causa.

La apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, manifestando en síntesis que no se debe condenar en costas a la entidad, pues no tuvo injerencia en la decisión que tomo el demandante al momento del traslado.

El apoderado de COLFONDOS S.A. solicita se revoque la condena de devolución de gastos de administración y la condena en costas. Manifiesta que la comisión de administración se encuentra autorizada por la Ley y que la sociedad administró los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante de forma diligente, lo que se evidencia en los rendimientos y se trata de comisiones ya causadas.

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., COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. y la parte demandante, 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*? Se debe determinar si es procedente la devolución de gastos de administración y rendimientos.

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 el 2 de marzo de 1981 (f. 104) hasta enero de 1995, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLPATRIA S.A. (f.53) hoy PORVENIR S.A., posteriormente COLFONDOS S.A. a partir abril de 1999 (f.54), a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. el 18 de noviembre de 2003 (f.55), a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. el 5 de enero de 2013 f.56), a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. el 1 de enero de 2014 (f.57), fondo donde se encuentra vinculada en la actualidad.

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 COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen y se realizaron los traslados dentro del RAIS, 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 no que reposa en el expediente prueba de ello, sin que se logre este cometido.

Así pues, no se demuestra los fondos del RAIS hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS y de 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 tenían PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., y OLD MUTUAL 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 por parte de OLD MUTUAL S.A. de todas las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del demandante, así como la devolución por parte de todas las AFP del RAIS de todas las comisiones y gastos

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.

de administración que recibieron con ocasión del traslado del demandante, por el tiempo que este haya estado afiliado a cada una de ellas, como lo dispuso la juez de instancia. La devolución del porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debe realizarse, con cargo al propio patrimonio de las administradoras del RAIS, conforme lo señala la jurisprudencia³. Se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales al demandante.

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.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos, frente a la no devolución del porcentaje de gastos de administración, esto teniendo en cuenta que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, sostuvo:

“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).”

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,

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 respecto a la condena en costas en primera instancia.

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia, condenando en costas a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. en favor del demandante y sin 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 226 del 1 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI** en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.**, a **DEVOLVER** el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 226 del 1 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales al demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 226 del 1 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000 para cada una de ellas. Sin

costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

QUINTO.- NOTIFÍQUESE 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:

b14de2405a765618e79833176ab65c2dbb37fe629553e352ff80e238242f5f2b

Documento generado en 04/03/2021 11:55:30 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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