

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	GLORIA CECILIA CADAVID DIAZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 005 2018 00423 01
JUZGADO DE ORIGEN:	QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 028

Santiago de Cali, nueve (9) de abril 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 las demandadas contra la sentencia 74 del 24 de junio de 2020 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 093

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad del traslado 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

Se opone a recibir a la demandante nuevamente en la entidad, pues la afiliación realizada produjo efectos jurídicos. Formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción”*.

OLD MUTUAL S.A.

Se opone a la totalidad de las pretensiones, 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, ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, buena fe de la entidad demandada Old Mutual pensiones y cesantías s.a., compensación, innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A.

Manifiesta que la demandante se trasladó a PORVENIR S.A. de forma libre y espontánea, completamente informada, recibió asesoría de forma verbal, con la información suficiente para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrearía la decisión de permanecer en el RAIS.

Se opone a la totalidad de pretensiones en contra de la sociedad y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 74 del 24 de junio de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS y el retorno al RPM administrado por COLPENSIONES; CONDENÓ a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, y a COLPENSIONES

a aceptar el traslado junto con el dinero que tenga en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia y se absuelva a PORVENIR S.A., argumenta que no existían razones para la declaración de ineficacia del traslado, en la medida que se ajustó a la normatividad vigente y fue consciente, libre y espontánea, en ejercicio del derecho de libre elección, suscribiendo el formulario de afiliación. Dice que la demandante ratifica su decisión con más de 20 de permanencia en el RAIS y los traslados dentro del mismo. Manifiesta que durante la relación jurídica, la demandante nunca manifestó inconformidad; que además cuenta con plenas capacidades y esta en cabeza de ella la voluntad de elección de régimen. Por otro lado, dice que para la fecha del traslado, no se tenía la obligación de brindar información tan específica, como se exige hoy en día, además el deber de información no es unilateral, la demandante debía informarse sobre su situación pensional.

Sobre los gastos de administración, dice que estos se encuentran autorizados por la ley, y se generan por la administración de la cuenta de ahorro individual; que PORVENIR S.A. ha administrado los dineros con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros. Que de declararse la ineficacia del traslado, PORVENIR S.A. nunca administró los dineros, y en ese orden de ideas no se generaron rendimientos, sin lugar a su devolución, como tampoco a la devolución de los gastos de administración.

OLD MUTUAL S.A. interpone recurso de apelación solicitando se revoque frente a lo desfavorable, pues la demandante alega la nulidad o ineficacia del traslado, soportada en simples afirmaciones, carentes de sustento legal, pues los vicios alegados no fueron demostrados con ninguna prueba. Dice que la AFP suministró la información necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse, suscribiendo voluntariamente el formulario de afiliación, sin hacer uso del derecho de retracto, ni de su derecho de trasladarse al RPM. La acción no está dirigida al derecho pensional, sino para la ineficacia o nulidad de la afiliación, acción que si es susceptible de prescripción.

De mantenerse la sentencia respecto de la nulidad de traslado, solicita se revoque la condena en gastos de administración, dado que conforme el Decreto 3995 de

2008 frente al traslado de aportes de régimen pensional, no se imponen los mismos; además se declare la excepción de compensación, respecto de los rendimientos financieros. Finalmente solicita se revoque la condena en costas.

COLPENSIONES interpone recurso de apelación manifestando que la línea jurisprudencial sobre la nulidad del traslado transgrede los principios generales del derecho, y se vulnera el principio de inescindibilidad de la norma, pues tiene en cuenta normas del Código Civil para alegar una responsabilidad de la AFP, pero ignorar todo el resto de normas del Código Civil que no son favorables al demandante y que dan lugar a que tenga la obligación de probar sus manifestaciones. También apeló respecto en la condena en costas, considera que COLPENSIONES es litisconsorte necesario, no demandado, simplemente es quien carga el resultado de una sentencia y quien tendrá que recibir a la demandante.

Manifestó que las situaciones de error de derecho no vician el consentimiento, por tanto, los contratos de afiliación son eficaces, solicitando se absuelva a las AFP del RAIS y a COLPENSIONES.

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, OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión.

Los alegatos presentados por la parte demandante fueron extemporáneos.

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 de la 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 estudiar si procede 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”**

La demandante venía vinculada válidamente al RPM desde el 18 de julio de 1984 (03PRUEBASCOLPENSIONESCC-31885037. fol. 60) hasta el 24 de julio de 1995, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A. y posteriormente el 6 de noviembre de 2012 a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. (f.114), fondo al que se encuentra vinculada hasta 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.

La Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

“Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser

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.

la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera”.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y con el que se llevó a cabo el traslado dentro del RAIS, le suministraran a la afiliada 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 que PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., 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.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

No hay prueba en el expediente, y tenían PORVENIR S.A. y hoy 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 los aportes y rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, y que COLPENSIONES acepte el traslado junto con el dinero que tenga en su cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, tal como lo determinó el juez de instancia; siendo procedente adicionar la sentencia para CONDENAR a OLD MUTUAL S.A. a devolver los valores correspondientes a bonos pensionales si los hubiera, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, así como para establecer que la devolución de los gastos de administración, previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, debe realizarse tanto por PORVENIR S.A. como por OLD MUTUAL S.A., con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que administraron las cotizaciones de la demandante; se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales.

Respecto a la excepción de prescripción que fuera propuesta, 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.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos frente a la no devolución del porcentaje de gastos de administración y rendimientos, 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

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

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)."

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 PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A., respecto a la condena en costas en primera instancia.

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. en favor de la demandante, 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 **SEGUNDO** de la Sentencia 74 del 24 de junio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **OLD MUTUAL S.A.** a devolver los valores correspondientes a bonos pensionales si los hubiera, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, así como para establecer que la devolución de los gastos de administración debe realizarse por parte de **OLD MUTUAL S.A.**, con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia 74 del 24 de junio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad ni cargas adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- ADICIONAR la Sentencia 74 del 24 de junio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que administró las cotizaciones de la demandante.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 74 del 24 de junio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

QUINTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A.** y a **PORVENIR S.A.** en favor de la 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.

SEXTO.- 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:

4cae3faeb7052409ba41ad6561b90fa104156dd3782842ee083e5dc852bdc04c

Documento generado en 09/04/2021 07:26:03 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**