

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	HUMBERTO BUITRAGO CUPAJITA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 008 2019 00735 01
JUZGADO DE ORIGEN:	OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO 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 110 del 12 de marzo de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 114

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende 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.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

Se opone a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de traslado y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, innominada o genérica”*

COLFONDOS S.A.

Se allanó a la demanda.

OLD MUTUAL S.A.

Manifiesta que la AFP brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el RAIS y recordó las características de este régimen, su funcionamiento y las diferencias con el RPM.

Se opone a la totalidad de las pretensiones relativas a dicha AFP, y propone como excepciones de mérito, las que denominó: *“inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia e vicios del consentimiento, innominada o genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 110 del 12 de marzo de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del entonces ISS hoy COLPENSIONES a la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL S.A.; en consecuencia ORDENÓ a COLFONDOS S.A. devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera

recibido con motivo del traslado y afiliación, como cotizaciones integras que incluye gastos de administración indexados y rendimientos, y ORDENÓ a OLD MUTUAL S.A. devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esa AFP; DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

El apoderado de COLFONDOS S.A. solicita se revoque la condena a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, considerando que de cada aporte que se hace, un 3% se destina a cubrir los gastos de administración y el seguro previsional; argumenta que durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado a COLFONDOS S.A., la entidad administró los dineros con diligencia y cuidado, y dicha gestión se ve evidenciada en los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual y no es procedente su devolución, pues estos se encuentran causados y se hicieron debidamente autorizados por la ley.

La apoderada de OLD MUTUAL S.A. 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, toda vez que estos se encuentran permitidos por la ley y no hacen parte del patrimonio del afiliado, generándose con su devolución un enriquecimiento sin causa. Sostiene que debe darse aplicación a la prescripción respecto de los gastos de administración. Solicita la revocatoria de condena en costas, pues la sociedad se ajustó a lo establecido en la ley. Dice que teniendo en cuenta el artículo 1746 del Código Civil, no se pueden desconocer las prestaciones acaecidas, pues si se aplica la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante las restituciones mutuas, OLD MUTUAL S.A. nunca administró los dineros del demandante, 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.

El apoderado de COLPENSIONES sustenta su recurso manifestando que no existen razones ni de hecho ni de derecho para que sea viable un traslado de régimen, pues el actor se encuentra inmerso en una prohibición de traslado por su edad. Dice que el traslado se realizó bajo el derecho que tenía el demandante de libre elección a su régimen 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, la parte demandante, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. 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, por parte de todas las AFP del RAIS, 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”

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 13 de enero de 1981 (04CarpetaAdministrativa) hasta el 20 de marzo de 1997, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PENSIONAR S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. (117), posteriormente el 16 de agosto de 2011 se trasladó a COLFONDOS S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado hasta la fecha (f.129).

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 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 PENSIONAR S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., y COLFONDOS S.A. al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, y 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 las únicas pruebas que reposan en el expediente es la suscripción del formularios de “solicitud de vinculación” por parte de PENSIONAR S.A., hoy OLD MUTUAL S.A., y certificado emitido por OLD MUTUAL S.A., donde se evidencia el traslado a COLFONDOS S.A., situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en

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.

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 PENSIONAR S.A. hoy OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, así como la continuidad en el citado régimen, 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 OLD MUTUAL 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.

Así las cosas, resulta procedente la devolución por parte de COLFONDOS S.A., de todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones, incluidos los gastos de administración y rendimientos debidamente indexados, y por parte de OLD MUTUAL S.A. la devolución, debidamente indexada, de los gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliado a esa AFP, tal como lo determinó el *a quo*; debiendo adicionarse la sentencia para CONDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, al igual que para establecer que los gastos de administración deben devolverse con cargo a su propio patrimonio, también para ordenar OLD MUTUAL S.A. devuelva con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración; se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales al afiliado.

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,

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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 por OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje de 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.

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS 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.- ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia 110 del 12 de marzo de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** la devolución con destino a **COLPENSIONES** de los valores recibidos por **COLDONDOS S.A.**, por concepto de bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, al igual que para establecer que los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de **OLD MUTUAL S.A.** y **COLFONDOS S.A.**

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

IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales al afiliado. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 110 del 12 de marzo de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A.** y **COLFONDOS S.A.** en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$900.000, para cada una de ellas. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

CUARTO.- 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:

5e1a4a10a33a14a3dfbe53e636ee212f8fff93c5d4168b6e72022cd8d7e0a985

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

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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