

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	CARMEN CÁNDELO REINA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 015 2019 00151 01
JUZGADO DE ORIGEN:	QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y 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 COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A., y PORVENIR S.A. contra la sentencia 236 del 22 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 097

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad de las afiliaciones a PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., y/o la ineficacia del traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM.

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES

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

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe, prescripción”*.

OLD MUTUAL S.A.

Da contestación a la demanda, oponiéndose 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 merecedor 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, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento, innominada o genérica”*.

PORVENIR S.A.

Da contestación a la demanda manifestando que la afiliación fue realizada de manera libre e informada, después de haber sido asesorada sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales individuales.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones dirigidas contra la sociedad y formula 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 QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 236 del 22 de julio de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la nulidad o ineficacia del traslado que efectuara la demandante del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A. y posterior traslado a SKANDIA S.A. (hoy OLD MUTUAL S.A.).

CONDENÓ a OLD MUTUAL S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración indexados, frutos e intereses en los términos del artículo 1746 del Código Civil.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración.

CONDENÓ a COLPENSIONES a vincular válidamente al RPM a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

COLPENSIONES solicita se revoque la condena en costas, pues no fue vencida en juicio y no hay condena en su contra; manifiesta que el recibir a la demandante en el RPM es una consecuencia lógica de la nulidad o ineficacia de traslado de régimen, sin que pueda exigirse otra conducta. Dice que COLPENSIONES en sede administrativa no negó de forma caprichosa el traslado de régimen, sino que la demandante se encontraba inmersa en la prohibición en razón a su edad. Adicionalmente manifiesta que nada tuvo que ver COLPENSIONES en la decisión de la demandante de trasladarse al RAIS. Finalmente expresa que la oposición a las pretensiones es una conducta normal de la entidad en uso del derecho de defensa.

OLD MUTUAL S.A. manifiesta que no hay lugar a declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen, pues este se hizo cumpliendo los requisitos exigidos para la vinculación al sistema general de pensiones, y los traslados realizados entre AFPs del RAIS, no son mas que la ratificación de la voluntad de la demandante de permanecer en ese régimen.

De confirmarse la nulidad o ineficacia del traslado solicitó se revoque la condena frente a la orden de devolución de los gastos de administración, pues estos se encuentran autorizados por la ley, se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual, y OLD MUTUAL S.A. ha

administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros. 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 de la demandante, y en ese orden de ideas no se generaron rendimientos.

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación manifestando que la diligencia de la AFP quedó probada, pues se le entregó toda la información del régimen pensional, las ventajas y desventajas, y la actora consintió con la suscripción del formulario de afiliación; dice que la actora en varias oportunidades pudo regresar al RPM y no lo hizo, consintió permanecer en el RAIS y además realizó traslado a SKANDIA S.A., reiterando su voluntad de estar afiliada al RAIS.

En cuanto a la condena en gastos de administración, expresó que estos se encuentran autorizados por la ley, se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual, e invertidas conforme a la ley. Y teniendo en cuenta el artículo 1746 del C.C., no habría lugar a su devolución.

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 y las demandadas 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 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, por parte de todas la AFP del RAIS, en la forma decidida por el *a quo*? Se debe establecer si es procedente la devolución de gastos de administración y rendimientos.

Deberá determinar la Sala si procede la condena en costas contra COLPENSIONES.

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 31 de octubre de 1991 (f.81) hasta el 23 de febrero de 2001, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A. (f. 58), y posteriormente el 27 de mayo de 2010 a SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL S.A., fondo pensional al que se encuentra afiliado hasta la fecha (f. 59).

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.

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).

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.

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 el traslado entre AFP´s del RAIS, 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 reposan en el expediente es la suscripción de los formularios de “solicitud de vinculación”, 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. y OLD MUTUAL 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.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

No hay prueba en el expediente, y tenían PORVENIR 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 todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación, tal como lo determinó el juez de instancia, siendo procedente adicionar la sentencia para establecer que la devolución de los gastos de administración se hará con cargo al propio patrimonio de OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A. 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, 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.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. frente a la no devolución de los gastos de administración, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 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.

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

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

los argumentos esgrimidos por COLPENSIONES respecto a la condena en costas en primera instancia.

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas en esta instancia a las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL S.A. en favor de la 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 **TERCERO** de la Sentencia 236 del 22 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ESTABLECER** que los gastos de administración serán devueltos por **OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A.** con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 236 del 22 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER a COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargos adicionales a la afiliada. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 236 del 22 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

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:

81f1ccbabaf80752991a5c419d955e4f552432c749417a7737b37c93fa9893f0

Documento generado en 09/04/2021 07:25:38 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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