

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	BLANCA MARITZA PINERA CORDERO
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A (HOY SKANDIA S.A)
RADICACIÓN:	76001 31 05 001 2019 00811 01
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 32

Santiago de Cali, treinta (30) 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 y OLD MUTUAL S.A hoy SKANDIA S.A. contra la sentencia 156 del 25 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 120

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la ineficacia del traslado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA - RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD –RAIS- (Pdf. 01. ExpedienteEscaneadoMarzo2020FI1a143, Carpeta Juzgado, Fl. 2).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf. 01. ExpedienteEscaneadoMarzo2020FI1a143, Carpeta Juzgado, Fls. 78 a 87).

Da contestación a la demanda, oponiéndose a la mayoría de las pretensiones, sin embargo, no se pronunció contra las pretensiones principales, pretensiones principales subsidiarias y pretensiones subsidiarias secundarias enumeradas con los literales a y c, puesto que, manifiesta van dirigidas en contra de OLD MUTUAL S.A (HOY SKANDIA S.A); proponiendo las excepciones perentorias que denominó: *“inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

OLD MUTUAL S.A (HOY SKANDIA S.A) (Pdf. 01. ExpedienteEscaneadoMarzo2020FI1a143, Carpeta Juzgado, Fl. 96 a 108).

Da contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“Skandia S.A no participó ni intervino directamente en el momento de traslado del fondo, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 156 del 25 de agosto de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por OLD MUTUAL S.A (hoy SKANDIA S.A), realizado por la señora Blanca Maritza Pineda Cordero el 22 de mayo del año 1996. En consecuencia, declaro que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPM. ORDENÓ a SKANDIA S.A devolver todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 c.c, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado; como también devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante. **CONDENÓ** a COLPENSIONES a admitir nuevamente a la actora en el RPM sin solución de continuidad ni cargas adicionales. **CONDENÓ** en costas a COLPENSIONES Y a OLD MUTUAL S.A (HOY SKANDIA S.A.)

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia en lo desfavorable a su representada, por la imposibilidad de acreditar por parte de la demandante la pérdida de un tránsito legislativo o frustración de una expectativa legítima con la decisión de trasladarse al RAIS, donde conserva la posibilidad de acceder al reconocimiento y pago de la pensión por vejez.

Manifiesta que al momento de realizarse la afiliación no es posible predecir los IBC sobre los cuales cotizaría en los años venideros, los cuales podrían variar; por ello, no se podía calcular la futura mesada pensional; reiteró que el traslado de régimen es un acto libre y voluntario, en el cual, las entidades administradoras de pensiones no deben intervenir, siendo muestra de la conformidad de la decisión de la actora el no haber presentado dudas o inconformidades sobre el servicio brindado por la AFP. De igual forma, expresa no se demostró en el transcurso del proceso algún vicio en el consentimiento u asalto en la buena fe de la actora.

OLD MUTUAL S.A (HOY SKANDIA S.A) solicita se revoque parcialmente la sentencia en la orden de devolver los gastos de administración, toda vez, el artículo 7 del decreto 3995 del 2008 establece que los traslados de recursos entre regímenes deben hacerse solo sobre los aportes realizados por el afiliado a su cuenta de ahorro individual y al fondo de garantía de pensión mínima, sin mencionar los gastos de administración; postura acogida por diversos conceptos de la Superintendencia Financiera. Manifiesta que este criterio es el imperante, debido a que, en la práctica las comisiones de administración no reposan en las arcas de las AFP pues, una parte es utilizada para sufragar el seguro previsional y, otra se destina a los gastos propios de la administración de los recursos cotizados, gestión que ha realizado y cumplido por más de 20 años la entidad.

Resalta que no existe congruencia entre la parte resolutive y la parte considerativa de la sentencia, pues el a quo ordena como consecuencia jurídica de la declaración de la ineficacia del traslado, la devolución de los gastos de administración sin mencionar nada al respecto en la sustentación de la providencia, aun cuando, la pretensión no fue prevista en el escrito de la demanda. Finalmente, solicita en caso de confirmar la sentencia, se declare la prescripción de las comisiones de administración, al considerar que estos porcentajes son de naturaleza diferente a los destinados a cubrir la pensión y, por ende, opera para ellos la figura prescriptiva.

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, presentaron alegatos de conclusión la demandante y SKANDIA S.A.; COLPENSIONES 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 el a quo? Se debe establecer si procede la devolución de los gastos de administración y si estos se pueden ver afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se confirmará**, 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 3 de diciembre de 1991¹ (fl. 37), trasladándose a partir de junio de 1996 al RAIS con OLD MUTUAL S.A. (HOY SKANDIA S.A) (fl 123), fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha.

¹ Pdf. 01. ExpedienteEscaneadoMarzo2020Fl1a143, Carpeta Juzgado, fl. 117

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 demandante².

También 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”.

² 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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que OLD MUTUAL S.A. (HOY SKANDIA S.A), al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministrara 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 las únicas pruebas que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación”³ (fl.48), situación que no resulta suficiente para lograr este cometido, pese a que en él 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”.

Además, las publicaciones que se hicieron a través de periódicos de amplia circulación nacional no corrigen el error inicialmente presentado, toda vez que con ellas no se está brindando una atención personalizada al actor, sino que se trata de información genérica que no enmienda el yerro inicial.

Así pues, no se demuestra que OLD MUTUAL S.A. (HOY SKANDIA S.A) haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, pues lo cierto es que, a pesar de que, la AFP aquí demandada elaboró una proyección pensional, está, en primer lugar, fue solicitada por la demandante y remitida a ella el día 23 de octubre del 2019⁴ fecha evidentemente posterior a la fecha efectiva del afiliación; y, en segundo lugar, no se elaboró teniendo en cuenta 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 jurisprudencia⁵.

No hay prueba en el expediente, y tenía OLD MUTUAL S.A. (HOY SKANDIA 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.

³ Pdf. 01. ExpedienteEscaneadoMarzo2020F11a143, Carpeta Juzgado, fl. 48

⁴ Pdf. 01. ExpedienteEscaneadoMarzo2020F11a143, Carpeta Juzgado, fl. 139-140

⁵ 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, así como también de las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos últimos, conforme lo señala la jurisprudencia⁶, con cargo al propio patrimonio de la demandada OLD MUTUAL S.A. (HOY SKANDIA S.A), e imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la afiliada, tal como lo dispuso el juez de instancia.

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 jurisprudencia⁷.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por OLD MUTUAL S.A. (HOY SKANDIA S.A) en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales y 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.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A. (HOY SKANDIA S.A), en favor de la demandante, dada la no

⁶ "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)".

⁷ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

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.- CONFIRMAR la Sentencia 156 del 25 de agosto de 2020, proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES Y OLD MUTUAL S.A (HOY SKANDIA)** en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000 para cada una. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

TERCERO.- 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:

9ab738221b6d959342586e677b3c62a6f0ad3443692cdd2a9657e05dbdec07b2

Documento generado en 30/04/2021 06:51:07 AM

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