

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	NELSY LILIANA ASCUNTAR YUNDA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 004 2019 00234 01
JUZGADO DE ORIGEN:	CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 040

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo 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 PORVENIR S.A. contra la sentencia No. 196 del 20 de octubre de 2020 proferida por el JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 182

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. (Pdf. 01 Págs. 4 a 13)

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf. 01 Págs. 110 a 130)

Manifiesta que son ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la solicitud de vinculación al RAIS, la solicitud de traslado al RPM elevada por la actora el 23 de octubre de 2018 y la respuesta negativa dada por esa entidad el 29 de noviembre de ese año.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“Inexistencia de la obligación, inexistencia de vicios del consentimiento, buena fe, prescripción e innominada”*.

PORVENIR S.A. (Pdf. 01 Págs. 163 a 181)

Refiere que son ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, la solicitud de vinculación al RAIS el 1º de noviembre de 2004 a través de HORIZONTE S.A., hoy absorbida por PORVENIR S.A., que el 18 de octubre de 2018 el fondo presenta a la demandante una simulación pensional, el 23 de octubre de 2018 la parte actora solicitó la nulidad de traslado a PORVENIR S.A., petición que hasta ese momento no había sido resulta.

Se opone a la totalidad de pretensiones 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, y buena fe”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por Sentencia 196 del 20 de octubre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones de mérito propuestas por las demandadas; DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS; CONDENÓ a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y gastos de administración, y ORDENÓ a COLPENSIONES recibir lo

mencionado, conservando todos los derechos y garantías del RPM que la demandante tenía antes del traslado al RAIS.

Condenó en costas procesales a PORVENIR S.A. por la suma de \$900.000 y a COLPENSIONES por la suma de \$200.000

RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

PORVENIR S.A. (Minuto 50:36)

PORVENIR S.A. manifiesta no estar de acuerdo con la sentencia apelada, toda vez que la entidad cumplió con su deber de información al momento del traslado de la demandante al RAIS, quien se mantuvo en dicho fondo durante un periodo importante y tan solo vino a alegar su inconformidad cuando ya se encontraba inmersa en la prohibición de traslado. Considera que la afiliada corroboró su decisión de permanecer en dicho régimen en virtud del traslado horizontal que hizo desde HORIZONTE S.A. a PORVENIR S.A.

Menciona que también le asistía a ésta el deber de actuar con diligencia frente al trámite de traslado solicitado, debiendo acudir informada a la suscripción de la vinculación.

Se opuso a la devolución de rendimientos, toda vez que de retrotraerse las cosas a las condiciones anteriores al traslado, se entiende que no contó con las gestiones responsables del fondo de pensiones que generaron rendimientos e igualmente se opuso a la devolución de gastos de administración, al considerar que estos ya fueron causados y pagados a los terceros pertinentes. Afirma que entender lo anterior en otro sentido, sería obligar a PORVENIR S.A. a un detrimento patrimonial y beneficiar a la demandante a un enriquecimiento sin justa causa, en consecuencia, solicitó tener por probadas las excepciones de mérito propuestas.

COLPENSIONES (Minutos 54:30)

COLPENSIONES solicitó tener en cuenta la sentencia C-1024 de 2004 de la Corte Constitucional, en la cual se dispone que el afiliado no podrá solicitar el cambio de régimen cuando faltaren 10 años o menos para acceder al beneficio pensional, lo cual consideró razonable y proporcional, siendo además injusto que personas que

no han contribuido a obtener una alta rentabilidad de los fondos de pensiones, puedan ser beneficiadas de los riesgos asumidos por otros.

Recordó que el traslado se dio en el año 1995, siendo evidente que durante mucho tiempo la demandante no alegó malestar alguno respecto de su permanencia en el RAIS.

Se opuso a la condena en costas, toda vez que esa entidad en ningún momento coaccionó a la demandante a trasladarse a los fondos privados.

También se se procede a examinar el fallo 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, presentó alegatos de conclusión PORVENIR S.A. (Pdf. 05).

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

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, así como los gastos de administración y la condena en costas impuesta contra COLPENSIONES, en la forma decidida por *el quo*?

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 24 de junio de 1985 (Pdf. 01 Pág.17) hasta el 1 de abril de 1995, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A., posteriormente el 1 de enero de 2005 se evidencia un traslado a HORIZONTE S.A. y el 1 de abril de 2014 nuevamente a PORVENIR S.A. en razón de cesión por fusión (Pdf. 01 Pág. 84), fondo en el cual se encuentra vinculada la demandante 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.

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

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.

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. 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 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 de referencia que reposan en el expediente son: las solicitudes de vinculación suscritas por la demandante a PORVENIR S.A. y HORIZONTE S.A., que reposan a folios 39 y 40 del pdf.01 contentivo del expediente digital de primera instancia.

Así pues, no se demuestra que PORVENIR S.A. haya 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 oportunamente 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 le incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia².

No hay prueba en el expediente, y tenía PORVENIR 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.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

Así las cosas, resulta procedente la devolución por parte de PORVENIR S.A., el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo determinó el juez de instancia, siendo procedente adicionar la sentencia en el sentido de imponer a PORVENIR S.A. la obligación de devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993 debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio.

Se adicionará la decisión para imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la demandante.

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 en el 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.

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

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

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 bajo estudio, condenando en costas a COLPENSIONES 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 **TERCERO** de la Sentencia 196 del 20 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993 debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 196 del 20 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO CUARTO 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.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 196 del 20 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO CUARTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y 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.

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:

c96db4f70a79c2561d7c6f1f28520b3d7066cddce8348f58b45e27ce72a5ae3f

Documento generado en 31/05/2021 05:36:18 AM

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