

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	MIGUEL ANGEL PEREZ CALDERON
DEMANDADOS:	COLPENSIONES Y PORVENIR S.A
RADICACIÓN:	76001 31 05 015 2019 00558 01
JUZGADO DE ORIGEN:	QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 047

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 PORVENIR S.A y COLPENSIONES contra la sentencia No. 252 del 28 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 173

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante 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 (pdf. 01 ExpedienteDigitalizado, Cuaderno juzgado, Fl. 08).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (pdf. 01 ExpedienteDigitalizado, Cuaderno juzgado, Fl. 51 a 54).

Da contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, proponiendo las excepciones perentorias que denominó: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

PORVENIR S.A (pdf. 03 ContestacionDemandaPorvenir, Cuaderno juzgado, Fls. 2 a 21).

Da contestación a la demanda, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 252 del 28 de julio de 2020, DECLARÓ no probadas la totalidad de las excepciones propuestas.

DECLARÓ la nulidad o ineficacia del traslado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado inicialmente por PORVENIR S.A.; ORDENÓ a PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración debidamente indexados, todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 C.C.; CONDENÓ a COLPENSIONES a vincular válidamente en el RPM al actor. Condenó en costas a COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicita se revoque la condena en costas impuesta a su representada, argumentando que interviene en el proceso como litisconsorte necesario, teniendo que asumir la carga del retorno del actor en el RPM y, eventualmente, efectuar el pago de la pensión de vejez, obligación sumamente

gravosa para una conducta en la cual la entidad no tiene responsabilidad alguna, siendo injustificado cargarlo además con las costas, que si bien son bajas, se pueden modificar en etapas subsiguientes del proceso.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A, solicita se revoque la sentencia. Manifiesta que su representada cumplió a cabalidad con el deber de información que tenía al momento de la afiliación al RAIS, no siendo posible pasar por alto la normatividad legal vigente en ese tiempo; afirma que la Ley 100 de 1993 señala que la elección de los regímenes pensionales debe ser libre y voluntaria, situación que aconteció en el presente caso pues no se probó coacción, ni el formulario fue tachado de falso por parte del demandante, por ello, se entiende autentico y debe tenerse como prueba fehaciente de la voluntad del actor de afiliarse al RAIS, además y de la información brindada. De igual forma, manifiesta que al accionante le asiste el deber de informarse de forma diligente y oportuna sobre el sistema general de pensiones al cual está afiliado y no solamente cuando se encuentre frente al siniestro de la vejez, visto que, su inconformidad recae sobre el valor de la mesada pensional que puede adquirir en el RAIS, siendo claro que no se relaciona con la supuesta falta al deber de información.

Argumenta que las consecuencias jurídicas derivadas de las declaraciones de nulidad o ineficacia del traslado son diferentes y no se pueden entender como opcionales, tal como lo dispuso el a quo en su fallo, puesto que, si se declara la ineficacia, se entiende que las cosas se deben retrotraer a un estado inicial como si la afiliación nunca se hubiera realizado, luego, es improcedente la orden de devolver los bonos pensionales y los rendimientos financieros, pues los primeros, no son administrados por su representada sino que dicha función pertenece al Ministerio de Hacienda, mientras las sumas a cargo de la aseguradora fueron utilizadas para contratar seguros previsionales en cabeza del actor, durante todo el tiempo de su afiliación.

Expresa que los descuentos por gastos de administración se encuentran autorizados por ley, de ahí que, tampoco sea procedente la indexación pues, al analizarse los rendimientos de la cuenta de ahorro individual se verifica que al actor ya se le garantizo la pérdida de valor adquisitivo, siendo el traslado a COLPENSIONES una acción constitutiva de enriquecimiento sin justa causa.

Finalmente, la apoderada solicita se declare la prescripción, tomando como base los artículos 488 del CST y 151 CPTSS, toda vez, en el proceso no se encuentra en

discusión el derecho pensional sino el acto de afiliación que realizó el accionante, el cual, por tener naturaleza accesorio es susceptible de prescripción, por lo que entender lo contrario vulnera el principio de seguridad jurídica de PORVENIR S.A.

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 parte demandante y las demandadas.

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:

¿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, incluidos gastos de administración y rendimientos, en la forma decidida por el *a quo*? Se debe determinar si hay lugar a declarar probada la prescripción.

Debe analizarse si procede la nulidad de traslado o la ineficacia.

También se debe analizar si es viable la condena en costas en contra de 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”**

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 4 de julio de 1995¹ (fl.18) hasta el día 1 de septiembre de 1997² (fl. 16), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A, fondo pensional al que se encuentra afiliada hasta la fecha.

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**

¹ Pdf. 01. ExpedienteDigitalizado, Cuaderno juzgado, fl.18

² Ibidem, 16

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 demandante³.

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

³ 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.

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, 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 la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de “solicitud de vinculación” por parte de PORVENIR S.A⁴ (fl. 52), 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”.

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, 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 han cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia⁵.

No hay prueba en el expediente, y tenían 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.

Así las cosas, resulta procedente la devolución por parte de PORVENIR S.A., de los aportes que tiene en su cuenta de ahorro individual el demandante, junto con los gastos de administración, bonos pensionales, sumas adicionales de la

⁴ Pdf. 03 ContestacionDemandaPorvenir, Cuaderno juzgado, fl. 52.

⁵ CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado por cada uno de los emolumentos aquí mencionados, como lo definió el juez de instancia; se adicionará la sentencia para IMPONER la obligación a COLPENSIONES, de aceptar el traslado sin cargas adicionales al afiliado, y para condenar a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, conforme lo señala la jurisprudencia⁶, con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos PORVENIR 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.

En cuanto a si es procedente declarar la nulidad de traslado o la ineficacia, es de anotar que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sus decisiones ha utilizado de manera indistinta los dos términos, así en sentencia SL 3464-2019 radicado 76284, sostuvo: *“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante)”*.

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)”.

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.

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 el apoderado de COLPENSIONES, respecto a la condena en costas en primera instancia.

Se adicionará la decisión, condenando en costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 **TERCERO** de la Sentencia 252 del 28 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

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

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 252 del 28 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 del afiliado sin cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 252 del 28 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

QUINTO.- 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:

743f4d31ac066b33430bf8bc4fda942a7109d24405492bb6da7ffe74f3183105

Documento generado en 31/05/2021 05:36:57 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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