

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	DIANA PATRICIA MONTAÑO PÉREZ
DEMANDADOS:	COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 001 2018 00498 01
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADA PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 71

Santiago de Cali, veintinueve (29) de enero 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 los apoderados judiciales de la parte demandante y de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., respecto de la sentencia No. 211 del 14 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 24

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON

SOLIDARIDAD –RAIS- y se ordene su regreso automático al RPM. (Pdf. 01 – Págs. 5 a 100).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf.01 – Págs. 115 a 151).

La apoderada judicial de la administradora, manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad de la demandante y la solicitud de traslado de régimen a COLPENSIONES, que fuera resuelta negativamente por encontrarse a menos de diez años de pensionarse. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Señala que no se opone ni se allana a las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir lo pretendido e innominada”*.

PROTECCIÓN S.A (Pdf.01 – Págs. 139 a 309).

PROTECCIÓN S.A., admite como ciertos los hechos relacionados con la historia laboral de la demandante contenida en bono pensional emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, donde consta que inicio a laborar el 7 de julio de 1986 y con el Municipio de Palmira desde el 1º de abril de 1993; que es cierto igualmente el traslado de la afiliada al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. con fecha de efectividad 1 de marzo de 1995, que posteriormente se trasladó a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. con fecha de efectividad el 1 de marzo de 1998 y no en abril como lo indicó en la demanda, luego se trasladó a OLD MUTUAL S.A. con fecha de efectividad el 1 de enero de 2009, retornó a PORVENIR S.A. el 1 de enero de 2011 y finalmente confirmó que atendiendo la petición de la demandante, emitió una proyección pensional el 2 de octubre de 2018.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación e innominada”*.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (Pdf.01 – Págs. 311 a 388).

Manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el nacimiento de la actora, la vinculación con ese fondo el 13 de noviembre de 2008 y su posterior traslado a PORVENIR S.A. el 21 de junio de 2009. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Señala que ninguna de las pretensiones se dirige contra ese fondo y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, validez de la afiliación al RAIS, ratificación del traslado al RAIS, buena fe, pago, compensación e innominada”*.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 211 del 14 de octubre de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado inicialmente por PROTECCIÓN S.A., luego por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A. y finalmente por PROTECCIÓN S.A., y ordenó a dichos fondos que en caso de no haberlo hecho, devuelvan al sistema los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, al igual que el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio; ordenó a COLPENSIONES admita a la demandante en el RPM, sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

Condenó en costas a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., en favor de la parte actora y absolvió a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La parte demandante interpone recurso de apelación respecto de la condena en costas a COLPENSIONES, al considerar que la entidad debe ser condenada por

haberse opuesto a la prosperidad de las pretensiones y haber formulado excepciones de mérito.

El apoderado judicial de COLPENSIONES interpone recurso de apelación solicitando la modificación del numeral tercero de la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que los valores que integran la cuenta de ahorro personal de la demandante, deberán ser trasladados debidamente indexados.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A., solicita en la alzada que se revoque el numeral tercero de la sentencia, teniendo en cuenta que los gastos de administración fueron cobrados conforme a lo establecido por la ley y en virtud del debido manejo que el fondo dio a los recursos de la demandante, razón por la cual consideró improcedente la devolución de los mismos, toda vez que al declararse la inexistencia del traslado se entiende que los rendimientos por la administración dada a los aportes, tampoco debieron causarse.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., solicita que en virtud del recurso interpuesto se revoque parcialmente el numeral primero, y en su integridad los numerales segundo, tercero y quinto de la sentencia de primera instancia, al considerar que la parte actora no demuestra los elementos de juicio para que la juez declare la ineficacia de la afiliación, esto es, el error, la fuerza y el dolo, por no existir prueba de los mismos.

Refiere que la demandante no hizo uso del derecho de retracto frente a los fondos ni tampoco manifestó su deseo de regresar al RPM, si no que conforme a todos los traslados que realizó entre las AFP del RAIS, su voluntad era permanecer en dicho régimen.

Insiste en que al momento de la afiliación se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994, norma que imponía como única exigencia sobre la asesoría brindada al interesado, la suscripción del formulario de afiliación, documento que reposa en el plenario y que no fue objeto de reparos por la demandante.

Alega que en casos como el presente debe aplicarse la prescripción, teniendo en cuenta que la acción no versa sobre la adquisición o no de derechos pensionales como tal, sino sobre efectiva afiliación en uno de los regímenes para tener un mayor monto pensional.

De persistir la condena, solicita se revoque la devolución de gastos de administración.

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, presentó alegatos de conclusión PROTECCIÓN SA. (Pdf. 05 Cuaderno Digital Tribunal), COLPENSIONES (Pdf. 06 Cuaderno Digital Tribunal) y OLD MUTUAL (Pdf. 07 Cuaderno Digital Tribunal).

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, así como los gastos de administración en la forma decidida por *la 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 RMP desde el 7 de julio de 1986 (Pdf. 02 Archivo 7), se reporta traslado al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. el 1 de marzo de 1995, luego a COLPATRIA S.A. el 1 de marzo de 1998, posteriormente por cesión por fusión se registra afiliación a HORIZONTE S.A. el 29 de septiembre de 2000, se traslada luego a PORVENIR S.A. el 1 de marzo de 2006, a OLD MUTUAL el 1 de enero de 2009, nuevamente a HORIZONTE S.A. el 1 de marzo de 2010 y finalmente, a PROTECCIÓN S.A. el 1 de enero de 2011 hasta la fecha. (Pdf. 01 Pág. 283)

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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PROTECCIÓN S.A., COLPATRIA S.A., HORIZONTE S.A., PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., al momento de suscribir los formularios de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen y aquellos con los que se da el traslado entre administradoras del RAIS, 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 las únicas pruebas relacionadas que reposan en el expediente, son la suscripción de los formularios de “*solicitud de vinculación*” con PROTECCIÓN S.A. en el año 1995 (Pdf. 01 - Pág. 241 y Pdf. 13 Pág. 1), con PORVENIR S.A. en el año 2006 (Pdf. 06 – Pág. 46) y en el año 2009 (Pdf. 06 Pág. 49), con SKANDIA en el año 2008 (Pdf. 01 Pág. 375), con HORIZONTE en el año 2010 (Pdf. 06 Pág. 48) y con PROTECCIÓN S.A. nuevamente en el año 2010 (Pdf. 01 – Pág. 253 y Pdf. 13 Págs. 2 y 3), 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 los fondos de pensiones antes referidos, hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, o su continuidad en el mismo, 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

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.

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 jurisprudencia².

No hay prueba en el expediente, y tenían las demandadas 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 de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que las AFP administraron las cotizaciones de la demandante, tal como lo dispuso la *a quo*, empero habrá de adicionarse la decisión de instancia, ordenando que dichos valores sean devueltos debidamente indexados, pues así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, entre otras en Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838³.

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 jurisprudencia⁴.

² CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

³ Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.

⁴ CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

No hay lugar a aceptar los argumentos esbozados, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los 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.

En cuanto a la condena en costas, 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 son de recibo los argumentos esgrimidos por la parte demandante, respecto a la condena en costas en primera instancia en contra de COLPENSIONES, por lo que se adicionará la decisión, condenando en costas en primera instancia la entidad.

Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCION S.A. y a favor de la demandante, por la no prosperidad de los recursos. No se causan costas por la consulta.

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 No. 211 del 14 de octubre de 2020, proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de establecer que **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, deberán devolverán los valores allí referidos debidamente indexados. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **QUINTO** de la Sentencia No. 211 del 14 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** en **COSTAS** en primera instancia a **COLPENSIONES**. Las costas serán fijadas y liquidadas por el a quo.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia No. 211 del 14 de octubre de 2020, proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

CUARTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.** en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas por la *a quo* 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:

1309b3133b2ad89f1e6c30697f331311a1c29c9c616e2e2c41374ae5a901d680

Documento generado en 28/01/2021 02:51:09 PM

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