

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	ROCIO DEL PILAR NAVIA GARCÍA
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 001 2020 00017 01
JUZGADO DE ORIGEN:	PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO PONENTE:	MARY ELENA SOLARTE MELO

ACTA No. 65

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES respecto de la sentencia No. 199 del 30 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 14

1. ANTECEDENTES

PARTE DEMANDANTE

Pretende la demandante se declare la ineficacia del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM. (Fl. 5-21).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Fls. 57 a 67).

Admite como ciertos los hechos relacionados con la afiliación inicial de la demandante al RPM y su traslado al RAIS, la solicitud de nulidad de traslado ante COLPENSIONES y la respuesta negativa de la entidad, manifestando no constarle los demás hechos de la demanda.

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”*.

PORVENIR S.A (09ContestacionDdaPorvenir20200827F104 – exp. digital).

Admite como ciertos los hechos relacionados con la afiliación al RPM y el traslado al RAIS, manifestando que no es cierto que la demandante al momento de la afiliación no haya recibido la información necesaria para tal efecto, pues PORVENIR S.A. de manera verbal informó sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes y la afiliación se realizó de manera libre y espontánea.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones 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 PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 199 del 30 de septiembre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, y en consecuencia, que para todos los efectos legales, la actora nunca se trasladó al RAIS; ORDENÓ a PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación 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, junto con el porcentaje de gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administro las cotizaciones de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada de COLPENSIONES solicita se modifique la sentencia, considera que si bien toda la nulidad o ineficacia del traslado de régimen conlleva la devolución por parte de la AFP del RAIS, los gastos de administración deben devolverse debidamente indexados, y así lo ha determinado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y no hacerlo vulnera el principio de sostenibilidad del sistema.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. manifiesta en su recurso que la entidad no vulnera el derecho de información, pues al momento de realizar la afiliación se cumplió con todas las obligaciones que le asistían de acuerdo a la época y a las normas vigentes a la fecha del traslado, las cuales no exigían documentar la naturaleza de la información dada. Manifiesta que el deber de información no solo se exige a la AFP sino que la demandante tiene el deber de informarse diligentemente sobre el sistema general de pensiones. Debido a la declaratoria de ineficacia de la afiliación, las consecuencias jurídicas serían retrotraer las cosas a su estado inicial, en este sentido PORVENIR S.A. nunca administro los dinero de la demandante, y en ese orden de ideas no se generaron rendimientos, sin lugar a su devolución como tampoco a la devolución de los gastos de administración, y de hacerlo se genera un detrimento de PORVENIR S.A. y un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES. Dice que PORVENIR S.A. siempre le garantizó las contingencias de la seguridad social durante más de 20 años.

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 PORVENIR S.A.

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, en la forma decidida por el *a quo*? Se debe estudiar si es procedente la devolución de los rendimientos y gastos de administración.

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 4 de junio de 1991 (fl.28) hasta el 12 de mayo de 1994 (fl. 42), 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 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.

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 suministrara 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 la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de *“solicitud de*

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.

vinculación” (fl. 28), 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 ha 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 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 de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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, junto con el porcentaje de gastos de administración en que hubiere incurrido, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estos con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., tal como lo dispuso el juez de instancia, debiendo adicionarse para ordenar que los gastos de administración 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.

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.

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.

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 rendimientos y 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 rendimiento y gastos de administración por parte de las AFP del RAIS, estos últimos 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.

Respecto de la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, que de acuerdo a recurso interpuesto, únicamente es válido para efectos de la nulidad de traslado y no como ineficacia, como se declaró por parte del a quo, 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)”*, por tanto no hay lugar a dar prosperidad al argumento del recurrente.

Conforme a lo expuesto, se modificará la sentencia bajo estudio, condenando en costas en esta instancia a la demandada PORVENIR 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>.

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

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 199 del 30 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A** a **DEVOLVER** el porcentaje de los gastos de administración, previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia 199 del 30 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$900.000. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

CUARTO.- 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


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:

1d2d2320c69ae667c45c72990f7064198c0d0420794ca2fde274e1bc4a81339d

Documento generado en 28/01/2021 02:50:27 PM

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