

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

CLASE DE PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE:	LUIS JANUARIO MENESES SAMBONI
DEMANDADOS:	COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN:	76001 31 05 011 2019 00178 01
JUZGADO DE ORIGEN:	ONCE LABORAL DEL CIRCUITO
ASUNTO:	APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.
MAGISTRADO 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de PORVENIR S.A., respecto de la sentencia No. 282 del 8 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

SENTENCIA No. 20

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- y se ordene su regreso automático al RPM. (Pdf. 01 – Págs. 3 a 52).

PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES (Pdf. 01 – Págs. 59 a 74).

La apoderada judicial de la administradora manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el nacimiento del demandante, el tiempo laborado conforme a la certificación laboral aportada, la afiliación a PORVENIR S.A. en el mes de julio de 1995, la solicitud de traslado presentada ante la AFP y la respuesta negativa emitida por esa entidad, la solicitud de anulación de dicho traslado presentada ante COLPENSIONES y la respuesta negativa emitida por esa entidad. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: “*inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, innominada, falta de legitimación en la causa por pasiva y buena fe*”.

PORVENIR S.A. (Pdf. 01 – Págs. 108 a 138).

Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante, la afiliación inicial al RPM, el traslado al RAIS, la solicitud de traslado al RPM y la respuesta negativa emitida por PORVENIR S.A. y señaló que no le constan los demás hechos.

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 y buena fe*”.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 282 del 8 de octubre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, ordenó a COLPENSIONES su admisión nuevamente en el RPM, recibiendo las sumas provenientes de la AFP demandada y ordenó a PORVENIR S.A. el retorno de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, comisiones y

gastos de administración durante el periodo en que administró los recursos del demandante. Condenó en costas a COLPENSIONES y a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. sustenta su recurso con base en que su representada informó de manera verbal, clara, veraz y suficiente al demandante, las condiciones, beneficios y características del RAIS, y por lo tanto, la afiliación se realizó de manera voluntaria y sin presiones, conforme al derecho a la libre escogencia en cabeza del afiliado, tal como lo corrobora el formulario suscrito que se convalida con el actuar del demandante al permanecer en el RAIS sin informar su voluntad de retirarse, si no hasta cuando se encontraba inmerso en la prohibición de traslado.

Mencionó que no es viable exigir el cumplimiento del Decreto 2241 de 2010 y demás normatividad relacionadas, toda vez que para el año 1995 en que se produjo la afiliación no se encontraban vigentes y aunó que su representada siempre obró de buena fe, su operación fue transparente, responsable y diligente, toda vez que la parte activa solo alega una falta al deber de información, más no se refiere a la administración de sus recursos.

Se opuso a la devolución de los rendimientos, toda vez que al retrotraerse las cosas a su estado anterior, implica que las ganancias no debieron generarse, también se opuso a la devolución de los gastos de administración y primas de seguro, teniendo en cuenta que dichos conceptos ya fueron cubiertos y consideró que de lo contrario se estaría condenando a esa entidad a su detrimento patrimonial, lo cual implicaría un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo establecido por el 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 COLPENSIONES 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:

¿El traslado de régimen del demandante está viciado de nulidad?, o por el contrario, ¿es válida su afiliación al RAIS?, y de ser lo primero, ¿procede su traslado 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 el *a 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”**

El demandante venía vinculado válidamente a CAJANAL desde el 16 de junio de 1982 hasta el 31 de mayo de 1995 (Pdf. 01 – Pág. 25), se reporta un traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A. el 1 de julio de 1995, fecha en la cual cobró vigencia la afiliación (Pdf. 01 – Pág. 27), fondo pensional al que se encuentra afiliado 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 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 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 los formularios de “solicitud de vinculación” (Pdf. 01 – Pág. 128), situación que no resulta suficiente para lograr este

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.

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, 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 afiliado a CAJANAL, 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 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.

Así las cosas, resulta procedente la devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del 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 previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que la AFP administró las cotizaciones del demandante, empero habrá de adicionarse la decisión de instancia, ordenando la devolución de bonos pensionales y que los gastos de administración sea devueltos debidamente indexados con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., pues así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, entre otras en Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838³. Se adicionará la decisión para IMPONER a

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.

COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado del afiliado sin solución de continuidad ni cargos adicionales.

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

Se precisa igualmente, que si bien el señor LUIS JANUARIO MENESES SAMBONI antes de su traslado de régimen no se encontraba afiliado a COLPENSIONES sino a CAJANAL, conforme a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 692 de 1994, es trascendente mencionar que el legislador estableció en dicha norma que los servidores públicos acogidos al régimen solidario de prima media con prestación definida y que al 31 de marzo de 1994 se encontraran vinculados a una caja, entidad de previsión o fondo del sector público, podrían continuar vinculados a dichas entidades mientras no se ordene su liquidación.

Siendo así, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, se dispuso que quienes escogieran el RPM quedarían vinculados automáticamente al ISS, como administradora principal de ese régimen de prima media y en consecuencia, por ser COLPENSIONES la única entidad que administra actualmente el RPM, es válida la orden de admisión y afiliación del demandante a esa administradora, al declararse la nulidad del multicitado traslado de régimen.

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.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., 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 **SEGUNDO** de la Sentencia 282 del 8 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** debe devolver los bonos pensionales y gastos de administración. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

SEGUNDO.- ADICIONAR el numeral **TERCERO** de la Sentencia 282 del 8 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de establecer que **PORVENIR S.A.** debe devolver las comisiones y gastos de administración causados con ocasión de la afiliación de **LUIS JANUARIO MENESES SAMBONI**, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

TERCERO.- ADICIONAR el numeral **CUARTO** de la Sentencia 282 del 8 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado del afiliado sin solución de continuidad ni cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la Sentencia 282 del 8 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

QUINTO.- COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** 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 por la *a quo* conforme el Art. 366 del C.G.P.

SEXTO.- 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:

d77e068361618ed920b6570328b82abc1bd667fc5d8f405b0bf55ce30dacc86

Documento generado en 28/01/2021 02:51:15 PM

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