

## REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

|                            |  |
|----------------------------|--|
| <b>CLASE DE PROCESO:</b>   | <b>ORDINARIO LABORAL</b>                             |
| <b>DEMANDANTE:</b>         | <b>JOSE DANILO ESCANDON ALVAREZ</b>                  |
| <b>DEMANDADOS:</b>         | <b>COLPENSIONES y OTROS</b>                          |
| <b>RADICACIÓN:</b>         | <b>76001 31 05 007 2022 00581 01</b>                 |
| <b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>  | <b>SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO</b>                  |
| <b>ASUNTO:</b>             | <b>APELACIÓN Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.</b> |
| <b>MAGISTRADA PONENTE:</b> | <b>MARY ELENA SOLARTE MELO</b>                       |

#### ACTA No. 056

**Santiago de Cali, ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023)**

Conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARIA ALZATE VERGARA, 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 contra la sentencia No. 67 del 11 de abril de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

#### SENTENCIA No. 217

##### 1. ANTECEDENTES

##### PARTE DEMANDANTE

Pretende se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida – RPM - al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS- y se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado del actor al RPM.

Las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y la integrada COLFONDOS S.A. contestaron la demanda.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, por sentencia No. 67 del 11 de abril de 2023, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, excepto la denominada “falta de legitimación en la causa por pasiva” propuesta por COLFONDOS S.A.

Declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS; ordenó que el actor deberá ser admitido nuevamente en el RPM, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el traslado; condenó a PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos estos últimos, correspondientes al periodo en el que el demandante estuvo afiliado a dicha administradora. Además, señaló que los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique en la historia laboral del afiliado.

Condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicita se revoque la decisión argumentando que atenta contra la sostenibilidad financiera del RPM, por imponerle la carga de resarcir un daño que no causó, el cual obedece al perjuicio del interés económico del demandante puesto que percibirá una mesada inferior a la que recibiría en el RPM, debiendo dicho interés ser atendido a través de una acción de responsabilidad de resarcimiento del eventual daño o perjuicio, establecido en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, y no en la incoada. Menciona que la sentencia no tuvo en cuenta los postulados expuestos por la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 respecto a que la finalidad de la prohibición señalada en el art. 2 de la Ley 797 de 2003 se debe a la necesidad de garantizar la abierta competencia entre regímenes, así como la sostenibilidad financiera del RPM, debido que es necesario que los aportes de los afiliados estén a su disposición de manera tal que se permita que las administradoras hagan las inversiones necesarias para alcanzar altas tasas de rentabilidad. Finalmente, aduce que el demandante realizó actos de

relacionamiento consistentes en las comunicaciones que sostuvo con el fondo de pensiones, la firma en el formulario de afiliación del RAIS a través de la AFP PORVENIR; reiterando su preferencia por el RAIS.

Se examina 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

Dentro del plazo conferido, PORVENIR S.A. presentó alegatos de conclusión.

## 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:

¿Debió el demandante incoar una acción de resarcimiento de perjuicios o fue adecuada la interposición de la acción de ineficacia del traslado? Y de ser lo segundo, ¿El traslado de régimen del demandante es ineficaz?, 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 deberá analizar si se vulnera el principio de sostenibilidad financiera y la procedencia de la excepción de prescripción.

### 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 15 de enero de 1986<sup>1</sup> hasta el 01 de marzo del 2000 (fl.96)<sup>2</sup>, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A., 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.

<sup>1</sup> Pdf. HL, Cuaderno del Juzgado, 10CarpActivaColpensiones202200581.

<sup>2</sup> Pdf. 07, ContestaPorvenirSA202200581, Cuaderno del juzgado, fl.96.

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 preimpresa 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 demandante<sup>3</sup>.

Además, 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 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”.*

Ahora, respecto al deber de información en la sentencia SL1452-2019, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral hace una amplia explicación de la evolución que ha tenido, dividiéndolo en etapas. La corporación sostiene que la prestación de un servicio público esencial con la incursión en el sistema de seguridad social de actores privados, como es el caso de las AFP del RAIS, ha estado desde un principio, sujeta a las restricciones y deberes que la naturaleza de sus actividades

---

<sup>3</sup> 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.

implicaba, entendiendo que la escogencia *libre y voluntaria* del régimen pensional necesariamente implica *conocimiento*, el cual solo se obtiene cuando se “saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole”. Encontrándose este aspecto establecido desde el Decreto 663 de 1993, y posteriormente en Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010 incorporado al Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.

Para efectos ilustrativos se transcribe el cuadro de etapas traído en la sentencia mencionada en precedencia.

| <b>Etapas acumulativas</b>                                     | <b>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</b>   | <b>Contenido mínimo y alcance del deber de información</b>  |
|--|--|---|
| Deber de información   | Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993<br>Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales   |
| Deber de información, asesoría y buen consejo                  | Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010  | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría. | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n. 016 de 2016   | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.  |

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 vinculación” por parte de PORVENIR S.A.<sup>4</sup>, 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 de 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 realizó una asesoría a la demandante, teniendo en cuenta 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 jurisprudencia<sup>5</sup>.

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.

Ahora, debe despachar desfavorablemente esta Sala el argumento expuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES al indicar que la acción idónea era el resarcimiento de perjuicios y no la que es objeto de estudio, acogiendo a la postura adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-5174 de 2021, en la cual manifestó que el artículo 10 del Decreto Reglamentario 720 de 1994, citado por el recurrente, señala la responsabilidad de los promotores, su organización, obligaciones e identificación frente a terceros, no obstante, de tal disposición no se puede adoptar como “acción única y específica para aquellos casos en los cuales el error u omisión del promotor, por virtud del traslado de régimen pensional genere perjuicios al afiliado”.

---

<sup>4</sup> Pdf. 07, ContestaPorvenirSA202200581, Cuaderno del juzgado, fl.95.

<sup>5</sup> CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

En ese sentido, determinó que no pueden confundirse *“las regulaciones propias del deber de suministro de información, en sus diversas épocas, que sirven de fundamento para la declaratoria de ineficacia con base, se itera, en los artículos 13 del CST, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, con aquella que se ocupa de la responsabilidad tanto de los intermediarios o promotores como de las AFP mismas en el Sistema General de Pensiones”* que permitiría la reclamación de perjuicios, siempre y cuando ellos sean solicitados dentro del proceso, se encuentren debidamente acreditados y no estén prescritos; situación que no se presentó en este caso.

Por esta razón, se reitera que la consecuencia a imponer a las AFP cuando se incumple la obligación de información es la establecida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esto es, la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Por otra parte, no es de recibo el argumento expuesto respecto de la afectación al principio de la sostenibilidad financiera producido por la declaración de ineficacia. En sentencia CSJ SL2877-2020, la Sala de Casación Laboral advirtió que:

*“La declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.*

En cuanto a que la permanencia en el RAIS hace evidente su intención de continuar en dicho régimen, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rechazó dicho argumento en sentencia SL 854-2022, de la siguiente manera:

*“De otro lado, la permanencia de la afiliada en el RAIS, aun pasando a otras AFP, no representa per se una ratificación o convalidación del acto inicial de traslado, como lo entendió en forma equivocada el ad quem. Los movimientos entre administradoras del régimen de ahorro individual no tienen ese alcance, cuando la validez del traslado está comprometida en razón del incumplimiento del deber de información”.*

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el a quo; se adicionará la decisión para ordenar a PORVENIR S.A. que el traslado de los conceptos señalados se haga en un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de la sentencia; se ordenará a COLPENSIONES aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado, y actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia.

Respecto a la excepción de prescripción, 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 jurisprudencia<sup>10</sup>.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada 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 **CUARTO** de la Sentencia No. 67 del 11 de abril de 2023, proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado del afiliado sin solución de continuidad ni cargas adicionales, y actualizar y entregar al demandante la historia laboral, en un término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de la sentencia. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el numeral **QUINTO** de la Sentencia No. 67 del 11 de abril de 2023, proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que el traslado de los conceptos señalados se haga en un plazo de treinta días (30) contados desde la ejecutoria de la sentencia. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia No. 67 del 11 de abril de 2023, proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

**CUARTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de un salario mínimo legal mensual vigente (1 SMLMV). Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

**QUINTO.- NOTIFÍQUESE** esta decisión por EDICTO.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARY ELENA SOLARTE MELO**

Con firma electrónica

  
**ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA**

  
**GERMAN VARELA COLLAZOS**

Firmado Por:

Mary Elena Solarte Melo

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 006 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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: **22b282bcbf7f9e72a560de056a1571a530994bff07f3730e8a6fd6cd443ae817**

Documento generado en 04/08/2023 02:35:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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