

**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>NIDIA DELGADO</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 011 2019 00121 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>ONCE LABORAL DEL CIRCUITO</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE:</b>	<b>MARY ELENA SOLARTE MELO</b>

**ACTA No. 12**

**Santiago de Cali, cinco (5) de marzo 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 las demandadas contra la sentencia No. 191 del 18 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 48**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende se declare la ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS y se ordene el traslado al régimen de prima media con prestación definida – RPM, con la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación (4-27).

## **PARTE DEMANDADA**

### **PROTECCIÓN S.A. (FIs. 183-246)**

Contesta la demanda aceptando la vinculación con PROTECCIÓN S.A.; indica que la sociedad capacita debidamente a sus asesores comerciales de manera que puedan brindar una asesoría objetiva, integral y completa.

Se opone a todas las pretensiones y formula las excepciones de mérito que denominó: *“validez de la afiliación a protección s.a., ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia de los traslados entre AFP´s realizados por la demandante, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, compensación, innominada o genérica”*

### **COLPENSIONES (FIs. 274-284).**

Admite como ciertos los hechos relacionados con la afiliación inicial de la demandante, tanto al RPM como su traslado al RAIS, así como 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 que relacionan a la entidad y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe”*.

### **PORVENIR S.A. (FIs. 316-325)**

Da contestación a la demanda manifestando no constarle la mayoría de los hechos; acepta la vinculación de la demandante, producto de una decisión libre de presiones

o engaños. Se opone a las pretensiones y propone como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, genérica”*.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 191 del 18 de agosto de 2020 DECLARÓ la nulidad de la afiliación a PROTECCIÓN S.A. y posteriormente a PORVENIR S.A.; ORDENÓ el regreso automático al RPM administrado por COLPENSIONES.

CONDENÓ a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado.

CONDENÓ a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las comisiones y gastos de administración que recibieron con ocasión del traslado, por el tiempo que estuvo afiliada.

ORDENÓ a COLPENSIONES que reciba a la demandante en el RPM y reciba las sumas provenientes de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., para mantener la estabilidad financiera y financiar la prestación económica como administradora del RPM.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

PORVENIR S.A. interpone recurso de apelación manifestando que la información que se le brindó a la demandada fue clara, completa y comprensible según la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, vigentes para la fecha del traslado.

Dice que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se cita en la sentencia es posterior a dicha fecha.

Manifiesta que se omitió información que generó un error, y el error de derecho no vicia el consentimiento y si existió un error, este fue saneado por ratificación, pues el demandante duró más de 20 años en el RAIS, sin presentar inconformidad hasta la fecha. La AFP al momento del traslado no podía determinar cual era el monto que iba a recibir la demandante como pensión. El deber de PORVENIR S.A. no es enseñar lo que regula la ley, sino entregar información clara y

comprensible, y así lo hizo. Sostiene que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de traslado. Frente a los gastos de administración, la Ley 100 de 1993, en su artículo 113, literal b, indica cuales son los dineros que se deben retornar y no se habla de gastos de administración.

COLPENSIONES sustenta su recurso respecto a la condena en costas, dice que la entidad es ajena a los hechos que llevaron a la demandante a realizar el traslado de régimen.

PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia en lo referente a los gastos de administración, los cuales se encuentran autorizados por la Ley 100 de 1993. Dice que PROTECCIÓN ha administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros. Que teniendo en cuenta el artículo 1746 del Código Civil, no se pueden desconocer las prestaciones acaecidas, pues si se aplica la teoría de la nulidad del derecho privado, mediante las restituciones mutuas, PROTECCIÓN S.A. nunca administro los dineros 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

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, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. presentaron 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:

¿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*?

## 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 6 de julio de 1987 (f. 34) hasta el 14 de enero de 1995 (f. 47), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PROTECCIÓN S.A. (f. 247), con traslados dentro del RAIS el 12 de noviembre de 1999 a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., y finalmente el 20 de noviembre de 2000 a PORVENIR S.A., fondo donde se encuentra vinculada en la actualidad (f. 41)

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 demandante<sup>1</sup>.

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*

<sup>1</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.

*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”.*

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que tanto PROTECCIÓN S.A., como PORVENIR S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen y el traslado dentro del RAIS, le suministrara 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 del formulario de “solicitud de vinculación” (fl. 40, 61, 247, 259), 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 PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS y de 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 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 jurisprudencia<sup>2</sup>.

No hay prueba en el expediente, y tenían PROTECCIÓN S.A., y PORVENIR S.A., la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC.,

---

<sup>2</sup> CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

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 todas las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado de la demandante, así como la devolución todas la comisiones y gastos de administración que recibieron tanto PROTECCIÓN S.A., como PORVENIR S.A., con ocasión del traslado de la demandante, por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de esas entidades, como se determinó en primera instancia, debiendo adicionarse la sentencia en el sentido de puntualizar que la devolución del porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debe realizarse con cargo al propio patrimonio de las administradoras del RAIS, conforme lo señala la jurisprudencia<sup>3</sup>. Se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la demandante.

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>4</sup>.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., teniendo en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4360-2019, sostuvo:

*“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*

---

<sup>3</sup> “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)”.

<sup>4</sup> CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

*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)."*

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 no son de recibo los argumentos esgrimidos por el COLPENSIONES.

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

***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 191 del 18 de agosto de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** y a **PORVENIR S.A.**, a devolver el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia 191 del 18 de agosto de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia 191 del 18 de agosto de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

**QUINTO.- NOTIFÍQUESE** 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:

**5643f2142918ace355431ad057b217f45d92fdd46c85d58ce81a0738b43fe8fa**

Documento generado en 04/03/2021 11:54:55 AM

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