

**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>RODRIGO ENRIQUE LORA GARCES</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.,</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 001 2019 00466 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>PRIMERO 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. 025**

**Santiago de Cali, nueve (9) de abril 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 JOSÉ 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 los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES respecto de la sentencia No. 118 del 22 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 108**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., se ordené a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual.

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES**

Manifiesta son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento de la demandante, su afiliación al RPM y las solicitudes de traslado con respuesta desfavorable.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: "inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, innominada, buena fe y prescripción". (f.69 a 70)

### **COLFONDOS S.A.**

Se allanó a las pretensiones de la demanda. (Fl. 102)

### **PORVENIR S.A.**

Manifiesta que la afiliación fue una decisión libre de presiones y engaños tal como aparece en la solicitud de vinculación.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: "prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica".

## **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 118 del 22 de julio de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.; DECLARÓ que el demandante nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo en el RPM; ORDENÓ a PORVENIR S.A. devolver todos los valores recibidos por motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, rendimientos, porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio previsto.

ORDENÓ a COLFONDOS S.A. devolver con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración.

ORDENÓ su admisión nuevamente en el RPM sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales. CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

COLPENSIONES apeló argumentando que la demandante se encuentra dentro de la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, siendo este derecho no absoluto, lo cual se debe atender criterio de sostenibilidad financiera y expectativa pensional. Sostiene que al acceder a las pretensiones hay un desconocimiento total del principio, permitiendo a un afiliado beneficiarse de un fondo constituido por otras personas, no aportando la totalidad de las cotizaciones requeridas afectando la sostenibilidad financiera del sistema.

PORVENIR S.A. manifiesta no estar de acuerdo con la devolución de los gastos de administración que fueron debidamente cobrados durante el tiempo que tuvo sus aportes en PORVENIR S.A. Dice que se desconoce las figuras de la ineficacia de pleno derecho y la nulidad, toda vez que se le dio una consecuencia jurídica de una nulidad. Trae a colación el artículo 1747 C.C. Sostiene que se creó una ficción jurídica según la cual siempre estuvo afiliado al RPM, donde no se generan dividendos y ejercicios financieros como en el RAIS, y es por ello que al obligar a restituir los gastos de administración es necesario la restitución por parte del demandante de los ejercicios financieros a PORVENIR S.A.; asegura que se presenta un enriquecimiento ilícito para COLPENSIONES y el demandante. Concluye que en los términos del artículo 20 de la ley 100 de 1993 los gastos de administración no son ni serán parte efectiva del dinero de la pensión, por tanto son susceptibles de prescripción.

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, 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:

¿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, en la forma decidida por el a quo? ¿Procede la devolución de los rendimientos y gastos de administración? ¿Procede la prescripción en los gastos de administración?

### 2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se confirmará**, 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 RPM desde julio de 1979 (f. 43 vto) hasta el abril del 1994 (f. 43), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLFONDOS S.A., hasta julio de 1998 (f. 129), se reporta un traslado a HOTIZONTE S.A., PORVENIR S.A., HOTIZONTE S.A. y finalmente 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.

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>.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen y el traslado entre administradoras del RAIS 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” (f. 128 y 129), respecto a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y

<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.

PORVENIR S.A., 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. y COLFONDOS S.A. hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que 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 jurisprudencia<sup>2</sup>. Además, las publicaciones que se hicieron a través de periodos de amplia circulación nacional no corrigen el error inicialmente presentado, toda vez que con ellas no se está brindando una atención personalizada al actor, sino que se trata de información genérica que no enmienda el yerro inicial.

No hay prueba en el expediente, y tenían PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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.

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 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.

---

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

Respecto a que se encauso la pretensión como nulidad de traslado y no como ineficacia, 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)”*; además no se debe dejar de lado la obligación que tiene el juez de interpretar la demandada, y las facultades ultra y extra petita con que cuenta.

Así las cosas, resulta procedente la devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo dispuso el juez de instancia, así como también de las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos últimos, conforme lo señala la jurisprudencia<sup>3</sup>, con cargo al propio patrimonio de la demandada PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. En ese sentido, se confirmara la decisión.

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 jurisprudencia<sup>4</sup>.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES 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,**

---

<sup>3</sup> “Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado 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.

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la Sentencia 118 del 22 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO PRIMERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI.**

**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** 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.

**TERCERO.- 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>

**NOTIFIQUESE 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:

**d7a6399e961ddf3b057bc533578a778e71aba81b57074aaf0b97d5bc81cbff54**

Documento generado en 09/04/2021 07:25:57 AM

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