

**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>ANA CECILIA LOPEZ GOMEZ</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES Y OTRO</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 006 2018 00643 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE:</b>	<b>MARY ELENA SOLARTE MELO</b>

**ACTA No. 054**

**Santiago de Cali, treinta (30) de junio 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A contra la sentencia 253 del 23 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 225**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM-al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM, y, en consecuencia, sean devueltos todos los dineros aportados.

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES**

Da contestación a la demanda, presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones, proponiendo las excepciones perentorias que denominó: *“Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción”*.

### **PORVENIR S.A**

Da contestación a la demanda, presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“Prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada”*.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

EL JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 253 del 23 de octubre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas. DECLARÓ la nulidad del traslado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A. ORDENÓ a PORVENIR S.A devolver al sistema todos los aportes efectuados por la actora en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo que permaneció afiliada. CONDENÓ a COLPENSIONES a admitir nuevamente a la actora en el RPM, sin solución de continuidad y sin cargas adicionales. CONDENÓ en costas a PORVENIR S.A.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia, toda vez, que la vinculación realizada a la AFP goza de validez, en la medida que la demandante lo hizo de manera libre, espontánea y sin presiones después de haber recibido asesoría sobre todas las implicaciones que ocasionaba el traslado, siendo prueba de lo manifestado, la firma de la actora en el formulario de afiliación.

Manifiesta que PORVENIR S.A cumplió con la carga de comprobar que la afiliación se realizó sin engaños y exenta de vicios del consentimiento. Indica no se puede

declarar la nulidad del traslado pues la afiliada se encuentra incurso en la prohibición fijada del Art. 13 de la Ley 100 de 1993. Expresa que a la fecha de la vinculación de la actora, no era una obligación realizar proyecciones pensionales.

Dice que la comisión por administración se encuentra autorizada en el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 que opera tanto en el RAIS como en el RPM, siendo cobrada a título de administración de los aportes que ingresan a las cuentas de ahorro individual, gestión realizada con la mayor diligencia y cuidado, cuya evidencia reposa en la cuenta de la demandante; también se utiliza para pagar el seguro previsional, motivo por el cual, no es procedente su devolución pues los valores ya se encuentran causados. Manifiesta que de aplicar en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado, la actora debería devolver los rendimientos y la accionada las comisiones de administración.

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia, toda vez que la declaratoria de ineficacia del traslado vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados. Afirma que la posición del a quo genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación y distribución de los recursos del sistema. Manifiesta que la demandante, desde la fecha en que efectuó el traslado, no presentó inconformidad alguna frente a la información suministrada por la AFP, situación que da entender que se cumplió a cabalidad y conforme a la ley. Por tanto, no se puede pretender la ineficacia de la actuación después de tanto tiempo.

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, la parte demandante, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegatos de conclusión.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

## 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, incluidos rendimientos y gastos de administración, en la forma decidida por el a quo? ¿Afecta la declaratoria de nulidad del traslado el principio de sostenibilidad financiera?.

### 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 mes de mayo de 1989 (fl.31)<sup>1</sup> hasta el mes de diciembre del 1997<sup>2</sup> (fl. 33), 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

<sup>1</sup> Pdf. 01 ExpedienteEscaneadoHastaMarzo2020Fl188, Cuaderno juzgado, fl113.

<sup>2</sup> Pdf. 01 ExpedienteEscaneadoHastaMarzo2020Fl188, Cuaderno juzgado, fl47.

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>.

También la Corte Suprema en Sentencia SL1452-2019, sostuvo:

---

<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.

*“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 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.

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 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 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 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 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 suministraran 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 de un formulario de “solicitud de vinculación” por parte de PORVENIR S.A.<sup>4</sup> (fl. 24), 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”.

Además, las publicaciones que se hicieron a través de periódicos de amplia circulación nacional no corrigen el error inicialmente presentado, toda vez que con

<sup>4</sup> Pdf. 01 ExpedienteDigital.pdf, Cuaderno juzgado, fl. 24

ellas no se está brindado una atención personalizada a la actora, sino que se trata de información genérica que no enmienda el yerro inicial.

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, a pesar que la aquí demandada realizó una asesoría<sup>5</sup> (fl.26), esta, en primer lugar fue solicitada por la actora y realizada con posterioridad a la fecha de vinculación; y, en segundo lugar, no se elaboró 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 han cumplido con la carga probatoria que les incumbe a la luz de lo dicho por la jurisprudencia<sup>6</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.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el a quo; se adicionará la sentencia para condenar a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexado y con cargo a su propio patrimonio.

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>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Ibídem, fl.26

<sup>6</sup> CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

<sup>7</sup> CSJ SL1421-2019, CSL SL 1688-2019 y CSJ SL 1689-2019, CSJ SL2817-2019, CJS SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

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 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.

Tampoco prosperan los argumentos expuestos por COLPENSIONES frente a la vulneración del principio de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia ha señalado en reiteradas ocasiones que no se 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”*. Para el efecto se pueden consultar las sentencias SL 2877-2020, SL 3632-2021, SL 3633-2021.

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,***

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- ADICIONAR** la Sentencia 253 del 23 de octubre de 2020, proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, condenando a **PORVENIR S.A** a devolver a **COLPENSIONES** las sumas adicionales de la

aseguradora con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y a que los gastos de administración sean devueltos indexados y con cargo a su patrimonio.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia 253 del 23 de octubre de 2020, proferida por el **JUZGADO SEXTO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

**TERCERO.- 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 \$1.000.000 para cada una. 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**

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:

**adca69dff25117841f4d2784229739d759890bca0d55d74152bc42a606beb4a1**

Documento generado en 28/06/2021 06:24:49 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

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