

## 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>TULIO GERARDO MOTOA GARAVITO</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES Y PORVENIR S.A</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 008 2021 00213 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>APELACION Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE:</b>	<b>MARY ELENA SOLARTE MELO</b>

#### ACTA No. 113

**Santiago de Cali, treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)**

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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia No. 191 del 30 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

#### SENTENCIA No. 58

#### 1. ANTECEDENTES

##### PARTE DEMANDANTE

Pretende el demandante se declare la nulidad del traslado de RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS-.

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES**

Propuso como excepciones de fondo las que denomino: *“Plena validez del contrato de afiliación o traslado del demandante a Porvenir S.A, vulneración del principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, prescripción, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, compensación y la genérica o innominada.*

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

Formulo las excepciones de: *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y excepción genérica”.*

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 191 del 30 de julio de 2021, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado al RAIS, ORDENÓ a PORVENIR S.A. trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Condenó en costas a PORVENIR S.A.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

El apoderado judicial de PORVENIR S.A sustenta su recurso indicando que la demandante alego vicios del consentimiento para que se declarara la ineficacia de su traslado al RAIS, y dichas afirmaciones carecen de sustento legal, por lo cual, las pretensiones de la demanda tenían que haber sido despachadas desfavorablemente.

Además, señala que la AFP representada jamás incurrió en las conductas que se adujeron en la demanda, lo que se demuestra con la prueba documental aportada

en la contestación, entre ellas la solicitud de afiliación de la demandante, que evidencia que se suministró toda la información necesaria para que hiciera voluntariamente el traslado a PORVENIR S.A.

Considera que la parte actora, dentro de la oportunidad legal, no hizo uso del derecho de retracto de conformidad en lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y tampoco manifestó el deseo de regresar en los términos del artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, oportunidades las cuales fueron advertidos las afiliaciones del sistema general de pensiones.

No se imponía a los fondos privados la obligación de brindar la asesoría necesaria correspondiente a la favorabilidad del monto de la pensión, esto solo se vino a dar a partir del año 2014 con la expedición de la Ley 1748 y el Decreto 2071 del 2015. Estima se debe dar aplicación a la prescripción teniendo en cuenta, que la acción versa no sobre el derecho pensional como tal, sino que está encaminada a obtener un mayor valor de la mesada pensional.

Solicita se revoque la condena a devolver los gastos de administración a cargo de PORVENIR S.A., teniendo en cuenta que, conforme al Decreto 3995 del 2008, frente al traslado de aportes de régimen pensional no se le impondrán los mismos. Expresa que al declarar la ineficacia todo vuelve a su estado original, razón por la cual los rendimientos que se hayan generado a favor de la parte actora deben compensarse con los gastos de administración.

Finalmente solicita revocar la condena en costas.

La apoderada judicial de COLPENSIONES sustenta el recurso manifestando que el juzgado declaró ineficaz el traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., regresando al RPM sin solución de continuidad, pese a que el demandante nació el 29 de enero de 1959, y a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 62 años de edad, es decir que, ya cumple el requisito para tener derecho a la pensión de vejez en el RPM en cuanto a la edad y por tanto está incurso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Expresa que la juez de instancia pasa por alto que el demandante realizó el traslado de régimen el 4 de septiembre de 1996, cuando se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, de manera que el análisis de la información suministrada por la AFP

y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deberán ser valoradas bajo la normatividad vigente para esa fecha.

Cita la sentencia T-422 de 2011 indicando que en materia de traslado, la libertad de escogencia de régimen pensional solo se ve menguada cuando los hechos permitan dilucidar que la persona era una parte débil, debido a su calidad y de escasos conocimientos, lo cual no fue demostrado.

Dice que no se cumplen los requisitos establecidos para el regreso al RPM en cualquier tiempo, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante tenía 34 años de edad y no acreditaba 15 años de servicio, de tal manera que no es beneficiario del régimen de transición. Considera que debió declararse probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta que el problema jurídico que originó el presente proceso se relaciona con el acto de afiliación o traslado entre regímenes pensionales, lo cual, no es un aspecto co-sustancial a la prestación pensional.

Se examina también por grado jurisdiccional de 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, presentaron alegatos de conclusión COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

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 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 debe analizar si prospera la prescripción y la condena en costas contra de PORVENIR S.A.

## 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 11 de abril de 1985 hasta el 01 de noviembre de 1996 (fl.75 y 91.)<sup>1</sup>, fecha en la que se reporta un traslado de régimen PORVENIR S.A. fondo pensional en el 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

<sup>1</sup> Pdf. 11, ContestacionPorvenir, Cuaderno del Juzgado, fl.75 y 91.

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>2</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).*

---

<sup>2</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.

*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.

<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 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003	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

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	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 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 “solicitud de vinculación” por parte de PORVENIR S.A. de (fl.78)<sup>3</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 “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, pues lo cierto es que se realizó proyección (fl.130-135) <sup>4</sup>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

<sup>3</sup> Pdf. 11, ContestacionPorvenir, Cuaderno del Juzgado, fl.78.

<sup>4</sup> Pdf. 11, ContestacionPorvenir, Cuaderno del Juzgado, fl.130-135).

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.

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.

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.

Así las cosas, resulta procedente la condena impuesta por el juez de instancia; se adicionará la decisión para imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado.

No hay lugar a aceptar los argumentos expuestos en el recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los gastos de administración y rendimientos, 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.

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>5</sup>.

---

<sup>5</sup> CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

En cuanto a la condena en costas impuesta en primera instancia, 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 la apoderada de COLPENSIONES, respecto a la condena en costas en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y 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 No. 191 del 30 de julio de 2021 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales. **CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia No. 191 del 30 de julio de 2021 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

**TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, en favor del 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  
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: **c2ac3eabcafb300dfc148f083561901ac53ca49ed4a6e7909fc52ea6f6fac80b**

Documento generado en 31/03/2022 12:39:00 AM

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

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