

**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>LUZ MARY GIRALDO MARULANDA</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.,</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 018 2019 00361 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>DIECIOCHO 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. 032**

**Santiago de Cali, veintiocho (28) de julio de dos mil veinte (2020)**

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 el apoderado judicial de PORVENIR S.A., respecto de la sentencia No. 067 del 20 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

**SENTENCIA No. 96**

**1. ANTECEDENTES**

**1.1. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL CASO**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende la demandante se declare la nulidad del traslado efectuado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- administrado por el ISS hoy

COLPENSIONES al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – RAIS- con PORVENIR S.A., se ordene el envío inmediato del saldo de la cuenta de ahorro individual al RPM, incluidos los rendimientos, así como también el porcentaje destinado al fondo de Garantía de Pensión Mínima y los bonos pensionales, y se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES**

Admite como ciertos los hechos relacionados con la fecha de inicio de la actividad laboral de la actora, la solicitud de traslado presentada el 29 de mayo de 2019 y la respuesta emitida; afirma no constarle los demás hechos.

Se opone a todas las pretensiones de la demanda y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, buena fe, compensación y la genérica”*.

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

El apoderado judicial de la Entidad demandada, niega los hechos relacionados con la forma en la que afirma la demandante fue realizado el traslado y las aparentes omisiones en las que se incurrió durante el trámite de la afiliación, afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas las pretensiones y formula como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y excepción genérica”*.

## **1.2. DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali por sentencia No. 067 del 20 de febrero de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS; condenó a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere

recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración, ésta última debidamente indexada y a cargo al patrimonio de la AFP del RAIS; ordenó su retorno al RPM sin solución de continuidad y sin que se impongan cargas adicionales.

IMPUSO la obligación a COLPENSIONES de actualizar la historia laboral de la actora dentro de los dos meses siguientes.

CONDENÓ al pago de costas y agencias en derecho a las demandadas.

### **1.3. RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., manifiesta que el presente asunto versa sobre la nulidad del traslado y no sobre la ineficacia, motivo por el que sostiene que la parte actora debió demostrar el error en el que se la hizo incurrir. Informa que, para la época de la afiliación de la demandante, la legislación no exigía a los fondos de pensiones que la asesoría debía realizarse de manera escrita. Respecto de la orden emitida de devolver los gastos de administración, expresa que la declaratoria de ineficacia de la afiliación acarrea la imposibilidad de devolver esos dineros, ya que los mismos responden a la gestión realizada por esa administradora a lo depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Asegura que PORVENIR S.A., siempre actuó de buena fe y por ello, considera que deberá absolverse de la condena en costas y declararse probada la excepción de compensación.

Se examina también por consulta en favor de COLPENSIONES -artículo 69 CPTSS, modificado por el artículo 14, Ley 1149 de 2007-.

### **1.4. 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 escrito de alegatos de conclusión COLPENSIONES y PORVENIR S.A. La parte demandante se abstuvo de descorrer el traslado.

## 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*?

### 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”**

La demandante venía vinculada válidamente al RMP desde el 7 de octubre de 1980 (fl.61) hasta el 6 de agosto de 2008 (Fl. 120), fecha en la que se afilió al RAIS con PORVENIR S.A., fondo pensional al que se encuentra vinculada 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 vigentes, 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 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**

<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.

posibles consecuencias futuras”, situación que no aconteció, pues la única prueba que reposa en el expediente es el formulario de “*solicitud de vinculación*” (Fl.110), lo 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 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 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 devolución de la totalidad de los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tal como lo dispuso la juez de instancia, quien, además, impuso a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargos adicionales a la afiliada.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PORVENIR S.A., en su recurso, frente a la no devolución 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 es procedente el reintegro de dichos gastos de administración por parte de las AFP del RAIS. Para el efecto se pueden consultar las sentencias SL 31989-2008, SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL1688-2019 y SL4360-19<sup>3</sup>.

---

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

<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

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>.

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 el apoderado de PORVENIR S.A., respecto a la condena en costas en primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., 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.- CONFIRMAR** la sentencia 067 del 20 de febrero de 2020, proferida por el **JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la decisión.

---

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,



**SEGUNDO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, 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 por el *a quo* 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>

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARY ELENA SOLARTE MELO**



**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**



**GERMÁN VARELA COLLAZOS**

**Firmado Por:**

**MARY ELENA SOLARTE MELO**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**DESPACHO 6 SALA LABORAL 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:

**d871500cecb9b171ebf59b36a789faf435510a690336793aa52fetc1e720b913**

Documento generado en 27/07/2020 03:53:12 p.m.