

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>ADRIANA CRISTINA ZAMBRANO LOBATÓN</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 009 2019 00707 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>NOVENO 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. 64**

**Santiago de Cali, dieciocho (18) de diciembre 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 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 los recursos de apelación interpuestos por OLD MUTUAL S.A. y COLPENSIONES respecto de la sentencia 156 del 14 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 255**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende la demandante se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD –RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM. (f.4).

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES**

Acepta los hechos relacionados con el nacimiento de la demandante, las solicitudes de traslado y la respuesta emitida por esa entidad. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: *“prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa, solicitud de reconocimiento oficioso”*. (f. 43 a 44)

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

Sostiene que el demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse de régimen pensional.

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”*. (f. 103 a 113).

### **OLD MUTUAL S.A.**

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“ inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual solidaria, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes del tiempo, ausencia de vicios de consentimiento, innominada o genérica”*. (fl. 124 a 132)

## **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

EL JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 156 del 6 de julio de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado. ORDENÓ el retorno de la demandante al RPM sin solución de continuidad y sin carga adicionales. ORDENÓ a OLD MUTUAL que traslade a COLPENSIONES todos los aportes realizados al RAIS con motivo de la afiliación con sus respectivos rendimientos financieros.

Condenó en costas a COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A.

ABSOLVIÓ a PORVENIR S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

La apoderada judicial de COLPENSIONES fundamenta su recurso en el artículo 2 de la ley 797 del 2003; dice q los afiliados al sistema de pensiones tienen derecho a la libre escogencia de régimen, habiendo posibilidad de traslado una sola vez cada cinco años, y que no se podrá cambiar de régimen faltando menos de 10 años para adquirir la pensión de vejez. Hace énfasis en que la demandante cuenta con más de 54 años, por lo que está próxima adquirir su derecho pensional. Hace un recuento de los traslado de la actora. Dice que con los traslados de fondos pensionales en el RAIS se ratifica su permanencia en ese régimen, contando con más de veinticinco años afiliada sin haber presentado inconformidad respecto a la administración de su pensión. El traslado realizado fue de manera voluntaria y sin presiones, por lo que es válido. Concluye solicitando se absuelva a COLPENSIONES de cada una de las pretensiones, así como de la condena en costas teniendo en cuenta que la decisión que tomó la actora no fue incitada por la entidad.

La apoderada de OLD MUTUAL S.A. en su recurso solicita sea revocada la decisión; hace una alusión a los artículos 3 y 271 de la ley 100 de 1993 sobre los requisitos para que sea declarada la ineficacia del traslado. Dice que la suscripción del formulario de vinculación no estuvo mediada por alguna presión o coacción que vulnera la libre voluntad de afiliación, la demandante se afilio de manera voluntaria, ratificando su deseo de permanencia al RAIS al trasladarse entre las AFP del régimen. Solicita que no sea condena en costas toda vez que actuó de buena fe y sujeta a los lineamientos frente a los actos de vinculación y traslado al régimen pensional, habiéndose realizado la afiliación de manera libre y espontánea por parte de la demandante.

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, las partes 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:

¿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*? Se deberá establecer si hay lugar a condenar en costas.

### 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 RPM desde el 21 de octubre de 1983 (f. 11, 16, 60) hasta el agosto de 1994, trasladándose a HORIZONTE el 1 de septiembre de 1994 (f. 19) hasta julio de 2000, cuando se traslada a PORVENIR S.A. (f. 69) hasta septiembre de 2010 (f. 70), trasladándose finalmente a SKANDIA S.A hoy OLD MUTUAL S.A. a partir de octubre de 2010, 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 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL 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 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” (fl. 65 y 133), correspondiente a SKANDIA 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 OLD MUTUAL 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. Las publicaciones realizadas a través de periódicos de amplia circulación nacional no enmiendan el yerro inicial, 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. y OLD MUTUAL 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.

---

<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.

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

Así las cosas, es 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 bonos pensionales, 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 OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A., por lo que se adicionará en este sentido 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>.

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 COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A., respecto a la condena en costas en primera instancia, debiendo confirmar la decisión.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL., 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>.

---

<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,



**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 **CUARTO** de la Sentencia 156 del 6 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **OLD MUTUAL S.A** devolver bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, gastos de administración, éstos últimos, con cargo a su propio patrimonio.

**ORDENAR** a **PORVENIR S.A** devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

**CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

**SEGUNDA.- CONFIRMAR** en lo demás la Sentencia 156 del 6 de julio de 2020 proferida por el **JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

**TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y OLD MUTUAL 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 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**



**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:

**a6b27f715cc2eded641665cfae343acaed79e88f3578728897d7bea1411b42d7b**

Documento generado en 14/12/2020 01:33:26 p.m.

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

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