

**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>OSCAR AGUDELO OLIVEROS</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 003 2020 00245 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>TERCERO 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. 71**

**Santiago de Cali, veintinueve (29) de enero 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas y del demandante, respecto de la sentencia No. 236 del 25 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 19**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende el 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. (Pdf 01 – Pág. 2 a 10).

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES (Pdf01 – Págs. 168 a 176).**

La apoderada judicial de la administradora manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el nacimiento y edad del demandante, su afiliación al RPM, 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: *“inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, legalidad de los actos e innominada”*.

### **PROTECCIÓN S.A (Pdf01 – Págs. 647 a 661).**

Admite como ciertos los hechos relacionados con el traslado del demandante a ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 29 de enero de 2004, con fecha de inicio de efectividad el 1 de marzo de 2004, la presentación de derecho de petición por parte del reclamante solicitando información de su caso, ante el cual la entidad informa que no contaba con pruebas físicas sobre la asesoría brindada de manera verbal para el traslado de régimen pensional, le informa que el cálculo de la mesada dependía de algunas variantes y que el capital de su cuenta de ahorro individual más el valor del bono pensional, no era suficiente para acceder a una pensión de vejez a los 62 años de edad. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, compensación, inexistencia de la obligación o ineficacia de la afiliación por falta de causa, buena fe innominada o genérica”*.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 236 del 25 de septiembre de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM al RAIS, ordenó su admisión nuevamente en el RPM, declarando que para todos los efectos legales, el actor nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM; ORDENÓ el retorno de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta de ahorro individual del demandante, y ORDENÓ a COLPENSIONES aceptar el traslado junto con el dinero antes referido y sus rendimientos financieros.

Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A. en favor de la parte actora y absolvió a COLPENSIONES.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

La apoderada judicial de COLPENSIONES sustenta su recurso con base en que el demandante cuenta actualmente con más 52 años de edad, y al momento del traslado al RAIS estaba en pleno derecho de hacer dicha afiliación, lo cual indica un procedimiento acorde a la ley por parte de esa entidad, ya que de haberse negado al traslado habría incurrido en una violación a la libre elección que le asistía al demandante.

Consideró que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado, pues esto genera un traumatismo para el Estado ya que la carga prestacional no se encontraba en cabeza de esa administradora de pensiones, sino en un fondo privado, lo que se convierte en inestabilidad jurídica y financiera.

Refirió que conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, no le está permitido al demandante trasladarse de régimen cuando se cuenta con menos de 10 años para adquirir el derecho pensional.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. sustenta su recurso contra el numeral segundo de la sentencia, respecto de la devolución de gastos de administración, con base en que ellos se encuentran debidamente autorizados por la ley y teniendo

en cuenta que durante el tiempo que esa AFP ha tenido en poder los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, los ha administrado con diligencia y cuidado, lo cual se evidencia en los rendimientos financieros producidos y por ende, al estar ya causados y avalados por la ley no pueden ser devueltos. Solicitó que en caso de confirmar la ineficacia del traslado, ordene a PROTECCIÓN únicamente el reintegro de los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y rendimientos, más no los gastos de administración.

La apoderada de la parte demandante, sustenta su recurso de apelación respecto del numeral cuarto de la sentencia en lo que tiene que ver con las costas que no se impusieron contra COLPENSIONES, en vista de que si bien esa entidad no hizo parte del negocio jurídico de traslado de régimen, sí se opuso a las pretensiones de la demanda e insistió en la oposición al interponer recurso de apelación, por lo tanto, solicitó se modifique el numeral cuarto y se condene en costas a COLPENSIONES.

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, presentó alegatos de conclusión COLPENSIONES (Pdf. 04 Cuaderno Digital Tribunal) y la parte demandante.

## **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 del 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, así como los gastos de administración y la condena en costas impuesta exclusivamente contra PROTECCIÓN S.A., en la forma decidida por *la quo*?

## 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 4 de octubre de 1978, el 1º de marzo de 2004 reporta traslado a ING hasta el 30 de diciembre de 2012 (Pdf. 01 Pág. 159), fecha en la que se reporta un traslado a PROTECCIÓN S.A. por cesión por fusión, fondo pensional al que se encuentra afiliado efectivamente desde el 31 de diciembre de 2012 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 PROTECCIÓN S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen, le suministraran 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 de referencia que reposa en el expediente es el oficio No. CAS-4956888-Q8S1K1 del 24 de septiembre de 2019, a través del cual el fondo privado da respuesta al derecho de petición elevado por el demandante y con el cual le informa:

*“(…) 4. En cuanto a la copia del Formulario de vinculación al fondo nos permitimos indicar que realizamos la búsqueda en nuestro archivo físico, sin embargo, no fue posible hallar copia del documento solicitado a esta administradora.*

*No obstante, lo anterior la circular externa No. 019 de la Superintendencia Financiera plantea que: Cuando el afiliado decida trasladarse de régimen o de administradora, expresará su voluntad mediante el diligenciamiento del*

---

<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.

*correspondiente formulario ante el empleador o ante la nueva entidad administradora, de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular.*

*El formulario de vinculación deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: original para la nueva administradora, una copia para el afiliado y una copia para el empleador, cuando se trate de trabajador dependiente. (...). (Pdf. 01 - Pág. 668).*

Al respecto resulta necesario afirmar, que PROTECCIÓN S.A. no muestra la diligencia con que asegura adelantar sus actuaciones como administradora de recursos privados, al no contar con los documentos que en derecho le solicitó el afiliado y por otra parte, es menester mencionar que esa entidad demandada manifestó además lo siguiente:

*“En cuanto a la asesoría que se realizó al momento del traslado, en donde se le explicaron los beneficios, el comparativo de ventajas y desventajas, cálculos y proyecciones, le informamos que no contamos con el archivo físico ya que este tipo de asesorías se realizaban verbalmente y de manera personal en la oficina de servicio”, situación que no resulta suficiente para comprobar que la afiliación bajo vigilancia se realizó en forma libre, espontánea y sin presiones. (Subrayado fuera de texto)*

Así pues, no se demuestra que PROTECCIÓN S.A., haya desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, o su continuidad en el mismo, 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 han 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 tenía PROTECCIÓN S.A. la carga de acreditar esa diligencia de conformidad con el artículo 1604 del CC., omisión con la cual se

---

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



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 del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado, incluidos los gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el tiempo en que la AFP administró las cotizaciones del demandante, tal como lo dispuso la *a quo*, empero habrá de modificarse la decisión de instancia, ordenando que dichos valores sean devueltos debidamente indexados con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A., pues así lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Laboral, entre otras en Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838<sup>3</sup>. Se adicionará la decisión para IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado del afiliado sin solución de continuidad ni cargos adicionales.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos por PROTECCIÓN 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, 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.

Por otra parte, la apoderada de OSCAR AGUDELO OLIVEROS, solicita se revoque la absolución respecto a las costas no impuestas contra COLPENSIONES, encontrando la sala que el inciso 1º del artículo 365 del CGP, señala que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva

---

<sup>3</sup> Está probado que la AFP accionada consignó al ISS, hoy Colpensiones, los aportes que la demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos (f.º 98 a 101), sin embargo, no existe constancia de que hubiese devuelto también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos.

En tal sentido, se ordenará a la AFP accionada la devolución de esos dineros, debidamente indexados.

desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto, obedeciendo la misma a factores objetivos, por lo que son de recibo los argumentos esgrimidos por el recurrente respecto a la condena en costas en primera instancia para COLPENSIONES, debiendo modificarse la decisión sobre este particular.

Respecto de la excepción de prescripción, 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.

No se causan costas por la consulta conforme lo establecido en el 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. 236 del 25 de septiembre de 2020, proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de establecer que **PROTECCIÓN S.A.** debe devolver el porcentaje de los gastos de administración por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados y con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la Sentencia No. 236 del 25 de septiembre de 2020, proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado del afiliado sin solución de continuidad ni cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**TERCERO.- ADICIONAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia No. 236 del 25 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** en costas en primera instancia a **COLPENSIONES**, las cuales serán fijadas y liquidadas por la *a quo* conforme el Art. 366 del C.G.P.

**CUARTO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia No. 236 del 25 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

**QUINTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas por la *a quo* conforme el Art. 366 del C.G.P.

**SEXTO.- 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:

**bb457d1de31ea042dae38f2f124d19735b1c09c5a9470ce33a04f9523abe78cb**

Documento generado en 28/01/2021 02:51:17 PM

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