

**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>FABIO BORRERO CASTILLO</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES y PORVENIR S.A.,</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 008 2019 00639 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO.</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE:</b>	<b>MARY ELENA SOLARTE MELO</b>

**ACTA No. 07**

**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 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 el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES respecto de la sentencia No. 54 del 17 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 37**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende el demandante se declare la ineficacia del traslado al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -RAIS- administrado por PORVENIR S.A. del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA -RPM- administrado por COLPENSIONES.,

se ordene el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual, así como los rendimientos. En consecuencia, se ordene su retorno al RPM. (f.34).

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES**

El apoderado judicial de la administradora, manifiesta ser ciertos los hechos relacionados con el nacimiento del demandante, las solicitudes a Porvenir S.A., y las respuestas emitidas por la entidad, asimismo la solicitud de traslado ante Colpensiones con respuesta desfavorable. Afirma no constarle los demás hechos de la demanda.

Propone como excepciones de fondo las que denominó: *“inexistencia de la obligación, buena fe de la entidad demandada, prescripción, legalidad de los actos administrativos emitidos por la entidad, innominada o genérica”*. (f.65 a 66).

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

Contesto la demanda a través de curador ad-litem. Admite como ciertos los hechos relacionados con la edad del demandante y su afiliación al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado por COLPENSIONES. Afirma no constarle ninguno de los hechos de la demanda.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y no formula ninguna excepción. (f.74 a 75)

## **DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No. 54 del 17 de febrero de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia de traslado que el demandante BORRERO CASTILLO hizo del ISS hoy COLPENSIONES a PORVENIR S.A.. ORDENÓ devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de traslado del actor, como cotizaciones integrales, que incluye gastos de administración

debidamente indexados y rendimiento. DECLARÓ que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

Condenó en costas a PORVENIR S.A.

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

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., sustenta su recurso manifestando que no se presentó ninguna causal de ineficacia porque el traslado se efectuó con base en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y sus posteriores reformas; que las asesorías que se le dio al demandante cumplieron con las reglas que a la fecha de afiliación fueron dictadas por el legislador. Solicita se revoque la condena por pago de gastos de administración indexados y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del actor, trae a colación el artículo 20 de la ley 100 de 1993, argumentando que no procede la devolución de los gastos de administración toda vez que la entidad actuó con diligencia y cuidado, y esta orden desconoce la buena labor que realiza el fondo de pensiones en favor de sus afiliados. Tampoco procede la devolución de los rendimientos, y la orden trae como consecuencia el enriquecimiento sin causa del demandante. Por otra parte, dice que se debe declarar la prescripción de la acción, que el traslado que se produjo en junio de 1994 y la demanda se presentó en el año 2019.

El apoderado judicial de COLPENSIONES sustenta su recurso en que el actor no cumple con los requisitos para que sea viable un traslado, toda vez que ya tiene una expectativa pensional. Sostiene que se puede afectar la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, obligando al reconocimiento pensional e intereses moratorios, entre otros. Todo esto sin haber recibido los aportes del demandante durante toda su vida laboral.

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, PORVENIR S.A. 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 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*? ¿Hay lugar a la devolución de los gastos de administración y rendimientos?

### 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 RPM desde el 11 de julio de 1977 (f.11) hasta el 22 de junio del 1994 (fl. 17), fecha en la que se reporta un traslado de régimen a PORVENIR S.A., fondo pensional al 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 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

<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.

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 de “solicitud de vinculación” (fl. 17), 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 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 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 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, habrá de adicionarse en el sentido de devolver las 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 PORVENIR S.A., y en ese sentido, al igual que, para

---

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

<sup>3</sup> “Por esto mismo, en tratándose de *afiliados*, la Sala ha adocinado 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)”.

imponer la obligación a COLPENSIONES S.A., 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 PORVENIR 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, 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. En igual sentido ha sostenido que es procedente el reintegro de los rendimientos que se hayan generado. 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>4</sup>, por lo que no prospera el argumento del recurso interpuesto por PORVENIR S.A.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES 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,***

---

<sup>4</sup> CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,



**RESUELVE:**

**PRIMERO.- ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 54 del 17 de febrero de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a **DEVOLVER** con cargo a su propio patrimonio, el porcentaje de los gastos de administración, previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la Sentencia No. 54 del 17 de febrero de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado de la afiliada sin solución de continuidad ni cargos adicionales. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia No. 54 del 17 de febrero de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**,

**CUARTO.- 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 \$900.000. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

**QUINTO.- 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:

**b24a00e964040217d1f41f9b051fa1e305b193bdae30cbd9d82c5c857b19a1a0**

Documento generado en 28/01/2021 02:50:47 PM

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

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