

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>ROCIO ELENA FAJARDO SÁNCHEZ</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 007 2020 00046 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>APELACIÓN CONSULTA, INEFICACIA DE TRASLADO</b>
<b>MAGISTRADO PONENTE:</b>	<b>MARY ELENA SOLARTE MELO</b>

**ACTA No. 17**

**Santiago de Cali, cinco (5) de marzo 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 PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. contra la sentencia No. 195 del 15 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 63**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende se declare la nulidad del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS y se ordene el traslado al régimen de prima media con prestación definida – RPM y la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual.

## **PARTE DEMANDADA**

### **PROTECCIÓN S.A. (FIs. 100-134)**

Manifiesta que capacita debidamente a sus asesores comerciales antes que sean autorizados para ofrecer la afiliación a los fondos que administra, de manera que puedan brindar una asesoría objetiva, integral y completa, con el fin que sean los mismos trabajadores quienes tomen una decisión informada.

Se opone a la totalidad de pretensiones de la demanda y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de afiliación a Protección s.a., buena fe, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie puede ir en contra de sus propios actos, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, compensación, innominada o genérica”*.

### **COLPENSIONES (FIs. 179-184).**

Manifiesta que no constan la mayoría de hechos de la demanda. Se opone a todas y cada una de las pretensiones que se relacionan con la entidad y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación, la innominada, buena fe, prescripción”*.

### **PORVENIR S.A. (07. ContestacionPorvenirSA)**

Manifiesta que al momento de la afiliación y conforme la obligación de las AFP en la época, a la demandante se le proporcionó de manera verbal la información completa del sistema pensional y las principales características y diferencias de cada régimen.

Se opone a la totalidad de pretensiones de la demanda y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe”*.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 195 del 15 de septiembre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado que la demandante realizó al RAIS. DECLARÓ que la actora nunca se trasladó al RAIS, permaneciendo en el RPM, debiendo ser admitida nuevamente en el RPM, conservando todos los beneficios que pudiera tener. ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Además deberán devolver, el porcentaje de gastos de administración, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones de la actora, de forma proporcional al tiempo en que estuvo en cada uno de los mencionados fondos privados.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

El apoderado de PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque el numeral cuarto de la sentencia, al no estar de acuerdo con la evolución de gastos de administración. Dice que estos se encuentran autorizados por la Ley, se trata de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual, habiendo PROTECCIÓN S.A. administrado los dineros de la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado, lo que se ve evidenciado en los rendimientos financieros. Que teniendo en cuenta el artículo 1746 del Código Civil, no se pueden desconocer las prestaciones acaecidas, pues si se aplica la teoría de la nulidad del derecho privado mediante las restituciones mutuas, PROTECCIÓN S.A. nunca administró los dineros de la demandante, y en ese orden de ideas no se generaron rendimientos, sin lugar a su devolución, como tampoco a la devolución de los gastos de administración.

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia y se absuelva a PORVENIR S.A., pues no existían razones para la declaración de ineficacia del traslado, en la medida que la afiliación se dio de manera ajustada a la normatividad vigente para el año 2003 y fue consciente, libre y espontánea, en ejercicio del derecho de libre elección, pues contaba con la capacidad legal para obligarse y PORVENIR S.A. le brindó la información completa para efectuar el traslado, lo cual se prueba con el formulario de afiliación. Dice que la conveniencia del sistema varía, y no se podía saber que régimen era más beneficioso para la

demandante a la época del traslado, que además la demandante debió actuar diligentemente e informarse sobre dicha conveniencia. Sostiene que la demandante ratifica su voluntad de permanecer en el RAIS, al trasladarse a otra AFP dentro de este régimen. Por otro lado, al no estar en riesgo el derecho pensional, debió aplicarse la prescripción, sobre el acto de la afiliación. Que no hay lugar a la devolución de rendimientos, pues estos no debieron causarse, nunca se hubieran generado en el RPM y dice que PORVENIR S.A. ya traslado los rendimientos a PROTECCIÓN S.A. Sobre los gastos de administración, indica que estos ya no están en poder de PORVENIR S.A., pues se utilizaron para los seguros previsionales y para generar los rendimientos que ya se trasladaron en 2010 a PROTECCIÓN S.A.

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, la parte demandante, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A. 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:

¿Es ineficaz el traslado de régimen de la demandante?, 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 determinar si es procedente la devolución de rendimiento y gastos de administración.

## 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 RMP desde el 11 de septiembre de 1984 (f. 45) hasta el 22 de octubre de 2003, fecha en la que se reporta traslado

de régimen a PORVENIR S.A. (f.51) y posteriormente a partir 1 febrero de 2017 (f.52) a PROTECCIÓN S.A., fondo donde se encuentra vinculada en la actualidad.

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>.

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).*

*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”.*

---

<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.

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de régimen y el traslado dentro 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 no que reposa en el expediente prueba de ello, sin que se logre este cometido.

Así pues, no se demuestra que PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS y de 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 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 PROTECCIÓN 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 por parte de PROTECCIÓN S.A. de todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos en intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, así como el porcentaje de gastos de administración previstos en el art. 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, de forma proporcional al tiempo en que estuvo afiliada al fondo, como lo dispuso la juez de instancia. Es procedente adicionar la sentencia para ordenar a PORVENIR S.A. devolver aquellos recursos que no hayan sido trasladados con ocasión de la afiliación de la actora a PROTECCIÓN S.A., y el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la

---

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



Ley 100 de 1993. La devolución de los gastos de administración debe realizarse con cargo al propio patrimonio de las administradoras del RAIS, conforme lo señala la jurisprudencia<sup>3</sup>. Se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la demandante.

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>.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos, frente a la no devolución del porcentaje de gastos de administración y rendimientos financieros, esto teniendo en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4360-2019, sostuvo:

*“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).”*

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. en favor de la

---

<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,

demandante, sin 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 **TERCERO** de la Sentencia 195 del 15 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado, sin solución de continuidad ni cargas adicionales a la demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia 195 del 15 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver a **COLPENSIONES** los recursos que no hayan sido trasladados con ocasión de la afiliación de la actora a **PROTECCIÓN S.A.**, y que la devolución del porcentaje de gastos de administración, se realice con cargo a su propio patrimonio.

**ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** devolver el porcentaje de gastos de administración, con cargo a su propio patrimonio.

**CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia 195 del 15 de septiembre de 2020 proferida por el **JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

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

**QUINTO.- NOTIFÍQUESE** 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**

**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**

**GERMÁN 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:

**5d38729ed50b659651a974a35483e61a132ac4c8d0d10df17475757232282b6c**

Documento generado en 04/03/2021 11:55:29 AM

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

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