

**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>CARLOS ALBERTO MADRID PINILLA</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 011 2019 00013 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>ONCE 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. 19**

**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 el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. respecto de la sentencia 276 del 7 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 78**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende se declare la nulidad del traslado 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**

### **COLFONDOS S.A. (FIs. 60-74)**

Manifiesta que le ofreció al actor toda la asesoría especializada e idónea a través de promotor comercial, quien le informó acerca de las ventajas y desventajas que aparejaba trasladarse a ese fondo, sus variables financieras, los requisitos para generar el derecho a las prestaciones económicas, así como las características y diferencias de cada los fondos de pensiones, con el fin de determinar la conveniencia de permanecer en una u otra administradora conforme a sus expectativas.

Se opone a todas las pretensiones y formula como excepciones de mérito, las que denominó: *“inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado”*.

### **COLPENSIONES (FIs. 84-92).**

Manifiesta no constarle la mayoría de hechos de la demanda. Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe”*.

### **PORVENIR S.A. (FIs. 109-137)**

Dice que se atiene a lo expuesto en el formulario de afiliación donde consta que la afiliación se realizó de forma libre, espontanea y sin presiones. Se opone a la totalidad de pretensiones y propone como excepciones de mérito las que denominó: *“prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, innominada o genérica”*.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 276 del 7 de octubre de 2020 DECLARÓ la ineficacia del traslado que el demandante realizó al RAIS; CONDENÓ a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado; CONDENÓ A PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado; ORDENÓ a COLPENSIONES que acepte al demandante en el RPM y reciba las sumas provenientes de PORVENIR S.A., para mantener su estabilidad financiera y financiar la prestación económica que como administradora del RPM debe asumir en favor del demandante, cuando haya lugar a ella.

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

La apoderada de PORVENIR S.A. solicita la revocatoria de las condenas, ratificando lo dispuesto en contestación de la demanda y manifestando que la entidad siempre actuó de buena fe, y que para la época del traslado se brindó la información acorde a la normatividad vigente, tal como consta en el formulario de afiliación, siendo prueba de la libertad de la afiliación del actor. Dice que el demandante durante el tiempo que estuvo afiliado a PORVENIR S.A. no manifestó inconformidad, decidiendo mantenerse en el RAIS, trasladándose a otra administradora dentro de este. Manifiesta que la inconformidad del actor, no es sobre la falta de afiliación, sino sobre el monto de la mesada pensional que recibiría, y se debe tener en cuenta que el demandante es completamente capaz y tiene la obligación de informarse sobre los regímenes pensionales. Sobre la prescripción, sostiene que se debe tener en cuenta que el derecho pensional no está en riesgo, prescribiendo la acción contra el acto de afiliación al RAIS. De persistir la condena, solicita no se ordene la devolución de los gastos de administración, pues estos se encuentran autorizados por la ley al tratarse de comisiones ya causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual, la cual se ha hecho con la mayor diligencia y cuidado.

La apoderada de COLFONDOS S.A. solicita se revoque la condena a la devolución de gastos de administración. Dice que la comisión de administración se encuentra autorizada por la ley y se causa por la correcta administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, se trata de comisiones

ya causadas durante el periodo que administró los recursos. Expresó que la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación, es que las cosas vuelvan al estado anterior a ella, debiéndose entender que el contrato de afiliación nunca existió, es decir que COLFONDOS S.A. nunca debió administrar los recursos del afiliado, sin que se causaran rendimientos y tampoco se debió cobrar la comisión de administración; sin embargo, conforme al artículo 1746 CC que habla de los efectos de la declaratoria de nulidad, de las restituciones mutuas, intereses frutos y abono de mejoras, no se puede desconocer que el bien administrado produjo una mejoras, como producto de la buena gestión de la AFP y por eso deben conservarse.

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, COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

## **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 del 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 estudiar si procede la devolución de los 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”**

El demandante venía vinculado válidamente al RMP desde el 28 de julio de 1987 (f. 11) hasta el 1 de octubre de 1999, fecha en la que se reporta un traslado de régimen a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. (f.79), posteriormente el 23 de

septiembre de 2002 se trasladó a COLFONDOS S.A. (f.79), fondo donde se encuentra vinculado 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>.

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

Así pues, no se demuestra que HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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>.

<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.

No hay prueba en el expediente, y tenían PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 COLFONDOS S.A., de todas las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, frutos, intereses, rendimientos causados con ocasión del traslado del demandante, así como todas las comisiones y gastos de administración que recibió con ocasión del traslado del demandante, como lo dispuso el juez de instancia, siendo procedente adicionar la sentencia para establecer la devolución de bonos pensionales (si los hubiera) y que la devolución del porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debe realizarse por parte de COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. con cargo a su propio patrimonio 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 al 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, pues estos dos factores obedecen a condenas independientes dentro del presente proceso, 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*

<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,



*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 COLFONDOS S.A., en favor del 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 **SEGUNDO** de la Sentencia 276 del 7 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a devolver bonos pensionales si los hubiera recibido y el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la Sentencia 276 del 7 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR** a devolver el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo a su propio patrimonio. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**TERCERO.- ADICIONAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia 276 del 7 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al demandante. **CONFIRMANDO** en lo demás el numeral.

**CUARTO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia 276 del 7 de octubre de 2020 proferida por el **JUZGADO ONCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

**QUINTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, en favor del 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.

**SEXTO.- 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**

**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:

**4bcd06d74206ac91d8d4fe1f80b9c576ea6b00322d4b0bc5a3d4c56cb8de4ec5**

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

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