

## 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>MARIA SOLANDY GAITAN</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLFONDOS S.A Y OTRAS</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 002 2018 00417 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>SEGUNDO 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. 064

**Santiago de Cali, treinta y uno (31) de agosto 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 el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia 134 del 27 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

#### SENTENCIA No. 277

##### 1. ANTECEDENTES

##### PARTE DEMANDANTE

Pretende 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, y, en consecuencia, sean girados todos los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, con sus respectivos rendimientos.

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES**

Da contestación a la demanda, presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo que denominó: *“Innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción”*.

### **PROTECCIÓN S.A**

Se opone a la mayoría de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo que denominó: *“Validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A, prescripción, validez del traslado de régimen de RPM y en consecuencia del traslado entre AFP’s realizado por la demandante, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, 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”*.

### **COLFONDOS S.A**

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones, proponiendo las excepciones de fondo que denominó: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba alguna de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos”*.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 134 del 17 de noviembre de 2020, DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS. ORDENÓ a PROTECCIÓN S.A y a COLFONDOS S.A trasladar a COLPENSIONES todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la actora. ORDENÓ a COLPENSIONES admitir nuevamente a la actora en el

RPM. CONDENÓ en costas a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

## **RECURSO DE APELACIÓN Y CONSULTA**

El apoderado judicial de COLPENSIONES, solicita se revoque la condena en costas impuesta a su representada, toda vez, la misma vulnera el principio de sostenibilidad financiera pues afecta los recursos de la entidad, teniendo presente que los fondos que aquella administra no son propios sino de sus afiliados.

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 y COLFONDOS S.A. Los alegatos presentados por la parte demandante son extemporáneos.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

## **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 es ineficaz?, 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*? También se debe analizar si es viable la condena en costas en contra de COLPENSIONES.

## 2.2. SENTIDO DE LA DECISIÓN

La sentencia **se modificará y 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 hasta el 9 de mayo de 1997<sup>1</sup> (fl. 127) fecha en la que se reporta un traslado de régimen a COLFONDOS S.A., y de esta a PROTECCIÓN S.A el 17 de octubre de 2001<sup>2</sup> (fl 220) y finalmente, nuevamente a COLFONDOS S.A el 6 de junio de 2003<sup>3</sup> (fl. 220), 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

---

<sup>1</sup> Ibídem, fl127.

<sup>2</sup> Ibídem, fl220

<sup>3</sup>Ibídem, fl220

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>4</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*

<sup>4</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.

*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”.*

Acorde con lo anterior, era necesario e imprescindible que COLFONDOS 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 entre administradoras 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 la única prueba que reposa en el expediente es la suscripción de un formulario de *“solicitud de vinculación al fondo obligatorio de pensiones y/o cesantías”* por parte de PROTECCIÓN S.A.<sup>5</sup> (fl. 43) y COLFONDOS S.A.<sup>6</sup> (fl. 42 y 44), 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 las AFP'S hayan desplegado una verdadera actividad de asesoramiento de lo que en últimas representaba dicho acto jurídico de incorporación al RAIS, aun cuando COLFONDOS S.A.<sup>7</sup> (fl. 37-40 y 67) y PROTECCIÓN S.A.<sup>8</sup> (fl. 178-181) realizaron una asesoría al demandante, esta, en primer lugar fue solicitada por la actora y realizada con posterioridad a la fecha de su vinculación; y, en segundo lugar, no se elaboró teniendo en cuenta 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>9</sup>.

---

<sup>5</sup> Pdf. 0276001310500220180041700ExpedienteDigital, Cuaderno juzgado, fl.43

<sup>6</sup> Ibídem, fl. 42 y 44

<sup>7</sup> Ibídem, fl. 37-40 y 67

<sup>8</sup> Ibídem, fl. 55.

<sup>9</sup> CSJ 1421-2019, CSJ SL2817 de 2019.

No hay prueba en el expediente, y tenían COLFONDOS 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 de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los gastos de administración por parte COLFONDOS S.A, asimismo, la orden impuesta a COLPENSIONES de aceptar de regreso a la actora al RPM, como lo definió el juez de instancia; se adicionará la sentencia para condenar a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES bonos pensionales, si los hubiera, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 c.c, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de 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>10</sup>, indexados y con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante. se impondrá a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargas adicionales al afiliado.

Se ordenará a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES el porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, conforme lo señala la jurisprudencia<sup>11</sup>, indexados y con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante.

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 la apoderada de COLPENSIONES, respecto a la condena en costas en primera instancia.

---

<sup>10</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)”.

<sup>11</sup> CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019.



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>12</sup>.

Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES 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>.

***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 y MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia No. 134 del 27 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los bonos pensionales, si los hubiera, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 c.c, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de gastos de administración, previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, éstos últimos, indexados y con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administro las cotizaciones de la demandante.

**MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la Sentencia 134 del 27 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, indexados y con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administro las cotizaciones de la demandante.

**CONFIRMAR** en lo demás el numeral.

---

<sup>12</sup> CSJ SL1421-2019, CSL SL 1688-2019 y CSJ SL 1689-2019, CSJ SL2817-2019, CJS SL4360-2019, CSJ SL4559-2019,

**SEGUNDO.- ADICIONAR** el numeral **TERCERO** de la Sentencia 134 del 27 de noviembre de 2020 proferida por el **JUZGADO SEGUNDO 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 cargas adicionales al afiliado. Confirmando en los demás el numeral.

**TERCERO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia 134 del 27 de noviembre de 2020 proferida por **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**.

**CUARTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES S.A** en favor del demandante. Se fijan como agencias en derecho un valor de \$1.000.000. 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**  
**Sala 006 Laboral**  
**Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

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:

**ee07d3b9729169fcefc13eb7ff687648fcf14620887b4e4e3ffd2239a078999**

Documento generado en 30/08/2021 04:32:46 PM

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