

**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>HUMBERTO LÓPEZ RESTREPO</b>
<b>DEMANDADOS:</b>	<b>COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.,</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 008 2020 00075 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. 65**

**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 PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 216 del 31 de agosto de 2020 proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente decisión:

**SENTENCIA No. 10**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende el demandante se declare la ineficacia del traslado realizado del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA - RPM- al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

CON SOLIDARIDAD –RAIS-, se ordene su regreso automático al RPM. (Fl.45-62).

## **PARTE DEMANDADA**

### **COLPENSIONES (05ConstestacionColpensiones20200007500 – Exp. digital).**

El apoderado judicial de la administradora, manifiesta son ciertos los hechos relacionados con el nacimiento del demandante, su afiliación al RPM y su traslado al RAIS.

Se opone a la totalidad de pretensiones y 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”*.

### **PROTECCIÓN S.A (15ContestacionProteccion20200007500– Exp. digital).**

Admite como cierta la vinculación al RAIS, manifestando que no es cierto que los asesores de PROTECCIÓN S.A. no le hubieren brindado las explicaciones y la información pertinente al solicitar su traslado de régimen, pues contaban con capacitación e instructivo sobre qué tener en cuenta para cada cliente, orientándolos a que tomen su propia decisión de afiliarse o no a PROTECCIÓN S.A., habiendo realizado el trámite debidamente informado sobre las bondades, beneficios y limitaciones de los dos regímenes, realizando el traslado de manera libre, espontánea y sin presiones.

Presenta oposición a todas y cada una de las pretensiones y formula como excepciones de mérito las que denominó: *“validez de la afiliación del actor a PROTECCIÓN S.A., ratificación de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, buena fe de la entidad demandada administradora de fondos de pensiones y cesantía protección s.a., innominada o genérica”*.

## **DECISION DE PRIMERA INSTANCIA**

El JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia 216 del 31 de agosto de 2020 DECLARÓ no probadas las excepciones propuestas.

DECLARÓ la ineficacia del traslado que el demandante hizo del entonces ISS hoy COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A..

ORDENÓ a PROTECCION S.A. DEVOLVER a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, sumas recibidas por concepto de gastos de administración, debidamente indexados y rendimientos, y determinando que el demandante se encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES.

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

La apoderada judicial de PROTECCIÓN S.A. interpone recurso de apelación respecto de la devolución de gastos de administración indexados, considerando que de cada aporte que se hace un 3% se destina a cubrir los gastos de administración y el seguro provisorio, y que durante todo el tiempo que el demandante estuvo afiliado a PROTECCIÓN S.A. la entidad administró los dineros del demandante con diligencia y cuidado, y dicha gestión se ve evidenciada en los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, sin que sea procedente su devolución, pues estos se encuentran causados y se hicieron debidamente autorizados por la ley.

El apoderado de COLPENSIONES interpone recurso de apelación, manifestando que el demandante cuenta con más de 52 años de edad y para la época del traslado al RAIS estaba en pleno derecho de realizar dicha afiliación, lo que indica que fue un procedimiento acorde a la ley por parte de COLPENSIONES, y la afiliación al RAIS tiene total validez.

Se examina el presente en grado jurisdiccional de 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, no se 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:

¿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, en la forma decidida por el *a quo*? Se debe estudiar si es procedente la devolución de los gastos de administración y el porcentaje destinado al seguro previsional.

### 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 4 de mayo de 1981 (19HistoriaLaboralExpediente20200007500- Exp. Digital) hasta el 1 de abril de 1997(FI. 19,127), fecha en la que se hace efectivo un traslado de régimen a al RAIS con PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN S.A., al momento de suscribir el formulario de vinculación con el cual se dio el traslado de 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 del formulario de “solicitud de vinculación” (fl. 42, archivo 17PruebasContestacionProteccion20200007500 – Exp digital), 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”. Adicionalmente pese a que se realizó una reasesoría el 22 de noviembre de 2011 (f. 40-41 archivo 17PruebasContestacionProteccion20200007500 – Exp digital), esta no cumple a cabalidad los requisitos antes referidos entorno a una información, pues no es posible de la prueba allegada, certificar que la información entregada fue “suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras”.

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 al momento de la afiliación, 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>, y si bien se realizó proyección y comparación en el año 2011, mucho tiempo después de haberse tramitado el traslado de régimen, esta no se realizó de conforme a las condiciones antes expuestas.

<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 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 valores que hubiera recibido PROTECCIÓN S.A., con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones, sumas recibidas por concepto de gastos de administración, porcentaje destinado al seguro previsional, debidamente indexados y rendimientos, tal como lo determinó el *a quo*, así como también la devolución de bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, y en ese sentido, habrá de adicionarse la decisión de instancia, al igual que para establecer que los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de PROTECCIÓN S.A., y para imponer a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargos adicionales al afiliado.

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>3</sup>.

Cabe anotar que no hay lugar a aceptar los argumentos expuestos PROTECCIÓN S.A., en su recurso, frente a la no devolución del porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales y 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 y del porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales 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. Así

<sup>3</sup> CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, CSJ SL2817-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL4559-2019.

mismo la propia Corte Suprema estableció entre otras en Sentencia SL 1688-2019, radicación 68838<sup>4</sup>.que los gastos de administración sean devueltos debidamente indexados.

Conforme a lo expuesto, se adicionará la sentencia bajo estudio, condenando en costas en esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, en favor del demandante, dada la no prosperidad de la alzada y sin costas por la consulta.

***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. 216 del 31 de agosto de 2020 proferida por el **JUZGADO OCTAVO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI**, en el sentido de **ORDENAR** la devolución con destino a **COLPENSIONES** de los valores recibidos por **PROTECCIÓN S.A.** por concepto de bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, al igual que para establecer que el porcentaje destinado al pago de los seguros previsionales y los gastos de administración deben devolverse con cargo al propio patrimonio de **PROTECCIÓN S.A.**

**IMPONER** a **COLPENSIONES** la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad ni cargos adicionales al afiliado.

**SEGUNDO.- 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 \$900.000, para cada una de ellas. Sin costas por la consulta. Las costas impuestas serán liquidadas conforme el Art. 366 del C.G.P.

---

<sup>4</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.

**TERCERO.- 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:

**5b8827608e77f8882e11d1177d51676c996bf6f34becf0e5b622cd19e0c5b7c7**

Documento generado en 28/01/2021 02:50:34 PM

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