

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA PRIMERA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>MARIA ELENA GARZÓN ORTIZ</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO DIECISIETE LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-017-2019-00583-01</b>
<b>SEGUNDA INSTANCIA</b>	<b>APELACIÓN Y CONSULTA</b>
<b>TEMAS Y SUBTEMAS</b>	<b>Ineficacia de Traslado de Régimen.</b>
<b>DECISIÓN</b>	<b>ADICIONA</b>

**SENTENCIA No. 025**

Santiago de Cali, veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 002 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, respecto de la sentencia No. 81 del 22 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

**ANTECEDENTES**

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folio 61-87 demanda, 103-109 contestación Colpensiones, 122-157 contestación PROTECCIÓN y 192-214 contestación Porvenir del archivo 01.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 081 del 22 de julio de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la señora MARIA ELENA GARZÓN ORTIZ del RPM al RAIS y los posteriores traslados entre AFP del RAIS.

A la par, condenó a la AFP PORVENIR a retornar a la administradora colombiana de pensiones la totalidad de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos y los gastos de administración estos últimos de su propio peculio.

Así mismo, le ordenó a Colpensiones recibir a la demandante con la totalidad de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual y finalmente condenó en costas a PROTECCIÓN y PORVENIR fijando como agencias en derecho la suma de UN (1) SMLMV.

Como argumento de su decisión indicó el *A quo* que, con las pruebas arrimadas al proceso se demostró el incumplimiento de las AFP demandadas frente al deber de proporcionarle la información debida a la accionante para que tomara una decisión tan importante como lo es su futuro pensional, dado que con el formulario de afiliación no se acredita el despliegue de información brindada al momento del traslado.

Que por esa razón con las pruebas aportadas no se refleja que la demandante hubiere tomado una decisión consciente de las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen, y si bien PORVENIR realizó simulación pensional, la misma no servía para sanear el vicio cometido en la afiliación, en tanto la simulación data del año 2019 cuando a la demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima para adquirir pensión.

Por otro lado, manifestó que, no había lugar a declarar probada ninguna de las excepciones propuestas ni siquiera la de prescripción porque al versar la pretensión sobre los aportes pensionales y ser la pensión un derecho imprescriptible no había lugar a su declaratoria.

Por último, explicó que, se exoneraba a Colpensiones de la condena en costas por cuanto no se demostró en el proceso que tuviera alguna injerencia en el traslado y no era de su resorte aceptar el retorno de la demandante al RPM, debido a que al momento de realizar la solicitud estaba inmersa en la prohibición establecida por la ley.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia, argumentando que la demandante no reúne los requisitos determinados en la jurisprudencia para que pueda trasladarse en cualquier tiempo, pues no es beneficiaria del régimen de transición, además le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión.

Del mismo modo, resaltó que en el proceso no se demostró que el negocio jurídico realizado entre la actora y las AFP carezca de validez o legalidad, toda vez que las diferencias prestacionales entre un régimen y otro no pueden ser de recibo para viciar la voluntad cuando las características entre ambos regímenes fueron impuestas desde la creación de la ley 100 de 1993.

Así mismo, precisó que, ordenarle a Colpensiones recibir a la actora vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues le impone que pague una prestación económica cuando no administró los recursos de la actora.

Por su parte, el apoderado de **PROTECCIÓN** apeló la decisión manifestando que, no se le puede ordenar a su representada devolver la comisión de gastos de administración, dado que estas sumas están debidamente autorizadas por la ley 100 de 1993, y son admitidas tanto para el RPM como para RAIS.

Igualmente, expresó que, los gastos de administración corresponden al pago de la AFP por la buena administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de los afiliados, gestión que se demuestra con los rendimientos generados y que si la ineficacia del traslado es la ficción que el negocio jurídico jamás existió, de acuerdo con el artículo 1746

del Código Civil no se puede olvidar que el bien administrado generó unos frutos y mejoras, por lo que obligar a PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa en favor de la demandante y en detrimento del patrimonio de la administradora de pensiones.

Por otra parte, refirió que no es procedente la condena en costas, puesto que PROTECCIÓN no incumplió ninguna obligación legal, debido a que el traslado de la actora se ajustó a las leyes vigentes de la época en las que no se imponía el deber de información que fue desarrollado con posterioridad al traslado de la demandante por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

A su turno, el apoderado de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación pretendiendo se revoque en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a su representada de las pretensiones formuladas, arguyendo que, la AFP que representa no fue quien realizó el traslado de régimen, sino que es un tercero de buena fe, que cumplió con las exigencias del decreto 663 de 1994, normatividad vigente para la data del traslado, norma que no exigía la realización de proyecciones pensionales.

Simultáneamente, explicó que la demandante al realizar traslado dentro del mismo régimen expuso su voluntad de querer continuar en el RAIS y que aceptaba las ventajas y desventajas de este régimen pensional, por lo cual no puede alegar ahora un incumplimiento del deber de información.

De igual manera, sostuvo que, de confirmarse la declaratoria de ineficacia de nulidad se debía revocar la condena referente a la devolución de gastos de administración, en atención a que este rubro también es descontado en el régimen de prima media con prestación definida y debe tenerse en cuenta que gracias a esos gastos de administración se generaron rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la demandante valores que son propios del RAIS.

En lo no apelado será materia de decisión debido al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, art 69 CPT y SS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 13 de diciembre de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos los apoderados de la PARTE DEMANDANTE, COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN los que pueden ser consultados en los archivos 8 a 11 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que PROTECCIÓN y PORVENIR cumplieron con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su traslado al fondo del RAIS; o si, por el contrario, hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación y sus efectos respecto de las administradoras.

Asimismo, se validará si operó el fenómeno prescriptivo frente a la acción incoada y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y primas y a condenar en costas de primera instancia a PROTECCIÓN.

Se procede entonces a resolver tal planteamiento previas las siguientes,

## CONSIDERACIONES

Se destaca que no es materia de debate dentro del presente asunto:

- (i) Que la señora Garzón Ortiz se afilió al antiguo Instituto de los Seguros Sociales, cotizando entre el 25 de enero de 1993 y el 30 de abril de 1994 un total de 78,86 semanas (archivo 02);
- (ii) Que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el día 05 de mayo de 1994 (fl 169 de 31 archivo 01);
- (iii) Que posteriormente se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR, el 06 de agosto de 1998 (fls 215) y por último se vinculó con PORVENIR S.A. el 14 de mayo de 1999 (fl 216), fondo en el que se encuentra actualmente afiliada y cuenta con un total de 1.428 semanas cotizadas en toda su vida laboral (fls 39 a 41 y 220 a 226 del archivo 01);
- (iv) Que el 21 de junio de 2019, radicó solicitud de afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones (fls 52 a 55) la cual fue atendida mediante misiva B2019\_8431832-1800430 del 25 de junio de la misma anualidad negando la afiliación por encontrarse dentro de la prohibición establecida en la ley (fls 56 a 59 archivo 01);
- (v) Que elevó petición ante PROTECCIÓN solicitando la nulidad de la afiliación realizada el día 05 de mayo de 1994 (fls 44 a 47) y dicha AFP dando respuesta a la petición indicó que no era procedente la desafiliación, por cuanto fue asesorada en debida forma al momento del traslado (fls 56 a 57 del archivo 01);
- (vi) Que el 21 de junio de 2019, presentó derecho de petición a PORVENIR pretendiendo la declaratoria de nulidad de la afiliación (48-51), pero dicha entidad rechazó la solicitud fundamentando su decisión en que la afiliación se realizó conforme a los principios de libertad señalados en la ley 100 de 1993 (fls 166 a 168 archivo 01);

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario recordar que la Ley 100 de 1993 reformó de manera estructural el sistema pensional colombiano, dando lugar a la existencia de un sistema dual de pensiones obligatorias, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS); este último pasó a ser gestionado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), las cuales quedaron facultadas entre otras cosas, para atender todo el proceso de afiliación al sistema de las personas que ingresan al mercado laboral, y también a prestar asesoría pre-pensional como obligación en caso de requerir información para modificar expectativas pensionales.

Se dispone en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que los trabajadores tienen la opción de elegir «libre y voluntariamente» aquel de los regímenes que mejor le convenga y consulte sus intereses, y en caso de ser obstruida esa libertad por el empleador o cualquier otro actor, tal conducta puede ser objeto de sanciones. En consonancia con ello, el artículo 271 prescribe para las personas jurídicas o naturales que impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social, la sanción consistente en multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

Para la jurisprudencia del Órgano de Cierre, la expresión *libre y voluntaria* contenida en el literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente *presupone conocimiento*, lo que solo puede alcanzarse cuando son conocidas plenamente las consecuencias de una decisión de esta índole. En ese sentido ha discernido la Corte que no puede alegarse *«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»* (CSJ SL12136-2014).

En línea con lo precedente, el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación para las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*.

Como se desprende de lo expuesto, desde sus inicios las sociedades administradoras de fondos de pensiones se hallaban en el deber de garantizar una afiliación *libre y voluntaria*, proporcionando al afiliado la información suficiente y transparente que le permitiera elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, la que mejor se ajustara a sus intereses. No era un asunto de simplemente captar personas incautas, mediante el ofrecimiento de unos servicios, sin importar las repercusiones que le pudiere traer en el futuro pensional; la explotación económica de un servicio relativo a la seguridad social de las personas impone el respeto debido, inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Según lo ha ilustrado el Alto Tribunal que regenta esta jurisdicción, la información necesaria a la que se alude en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de forma que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; lo que les implica realizar un ejercicio ilustrativo al afiliado, mediante un cotejo o parangón de las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado, en un lenguaje comprensible para estos.

Coligiendo de lo antelado igualmente, que a pesar de hallarse signada por el afiliado la solicitud de vinculación inicial y que en esta se indicara que la decisión fue adoptada de manera libre, espontánea y sin presiones, si no fue esta una voluntad expresada bajo un conocimiento pleno de las consecuencias que le acarrearían al afiliado no se podía afirmar que hubiere tenido tales características; de donde emerge que la mera suscripción del formulario no resulte suficiente para demostrar el cumplimiento de ese deber de ilustración a cargo de los administradores del régimen de ahorro individual, del ofrecimiento de una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen, imponiéndose la demostración del cumplimiento de tal débito por cualquiera de los medios suarios que lleven al juez la convicción de que en efecto, se atendió cabalmente con la carga que les correspondía.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente y el formulario de afiliación suscrito por la actora, nada se indica respecto las consecuencias que traía consigo el traslado del RPM al RAIS, las diferencias existentes entre dichos regímenes, ni la forma en que se liquida la pensión de vejez en uno y otro, información determinante para que el afiliado tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

La asesoría eficiente, verídica, obviamente no implica una proyección con un dato futuro exacto, y eso no es lo que se ha extrañado en estos casos, sino la falta total de prueba acerca de cuál fue esa información ofrecida al posible afiliado, real, veraz que representaba un ejercicio claro, con los supuestos del momento en que se estaba llevando a cabo, lo que le representaba exponer bajo las condiciones vigentes como serían las posibles prestaciones que obtendría el posible afiliado en el régimen. Un ejercicio sensato que evidenciara para el afiliado como serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Si bien a folio 42 a 43 del archivo 01 se observa proyección pensional efectuada por PORVENIR S.A. en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hace un análisis comparativo frente a la cuantía de la prestación en el RPM, además se observa que dicha información se suministró a la afiliada cuando ya le había precluido la oportunidad de trasladarse.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora, de otorgar al usuario toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al mismo la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción al afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir una prestación en mejores condiciones, más aún cuando es sabido que al tratarse de la parte débil de esa relación, las normas deben aplicarse bajo la hermenéutica del principio de favorabilidad para el afiliado.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN y PORVENIR el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que deviene entonces en que se restablezca la afiliación a su estado original, esto es, al régimen de prima media independientemente de la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues la consecuencia práctica de la ineficacia es restarle todo efecto a ese acto, con la salvedad hecha en relación con algunos aspectos como los relativos a las prestaciones periódicas percibidas por el asegurado y la garantía de sostenibilidad del fondo común de naturaleza pública, dado el carácter tuitivo del derecho a la seguridad social, que implica además que a ese fondo deban retornarse todos los emolumentos percibidos por concepto de los aportes, tales como rendimientos, gastos de administración y primas, que derivan de las cotizaciones realizadas por la afiliada, con lo que se desestiman los argumentos de las demandadas.

En este orden de ideas, al declararse la ineficacia de la afiliación al RAIS por el incumplimiento de las obligaciones legales por parte de la AFP demandada, no existen razones jurídicas para que ésta no traslade al régimen de prima media, todos los valores recibidos y generados con ocasión de la viciada afiliación de la demandante, pues no

retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, quien al recibir a la actora tiene la obligación de reconocer las prestaciones derivadas del SGSSP, por lo que debe recibir los aportes que debieron realizarse al sistema de una manera completa, lo que impone incluir el porcentaje destinado a gastos de administración y primas.

Sobre este último aspecto, se ha indicado acorde con la jurisprudencia, que toda vez que la ineficacia de la afiliación fue originada en la conducta inapropiada de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales deberán ser asumidos por las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR a cargo de su patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. Véase sobre el particular, Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989 y SL1688 de 2019.

En hilo con lo anterior, para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, tal como lo dispone el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En ese orden de ideas, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de COLPENSIONES, se adicionará la sentencia de primer grado para ordenar a PROTECCIÓN la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió, en tratándose de afiliados, la Corte Suprema de Justicia ha decantado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, de ahí que no prospere tampoco en este sentido lo argüido por el recurrente pasivo. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Sobre las restituciones mutuas, en especial cuando se trata de sumas de dinero y específicamente para los aportes al sistema de seguridad social, es menester considerar su significación económica, que no es otra cosa que los rendimientos que debieron producir esos aportes en el fondo que los debió administrar, de haber permanecido en su poder durante todo el término, por lo que no es extraño que la devolución de los aportes involucre de suyo la obligación de retornar tales frutos, rendimientos que en el régimen de prima media entran a formar parte del fondo común de naturaleza pública, por lo que tampoco resulta válido estimar que se constituye en un enriquecimiento sin causa para la actora.

Respecto de la prescripción, es claro que no procede dado que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de índole declarativo, que corresponden a derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, por tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, de allí que la acción de nulidad se

encuentra revestida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Así lo expuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia del 30 de abril de 2014, radicación 43892.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de PROTECCIÓN, se concluye que procede de conformidad con lo establecido en el artículo 365 CGP, pues no salieron avante sus argumentos, en consecuencia, al resultar vencida en juicio, hay lugar a su imposición, aspecto que no deriva de su posición al momento de la afiliación, sino en el devenir de esta Litis.

Corolario de lo anterior, se adiciona la sentencia recurrida para ordenar a PROTECCIÓN la devolución de los gastos de administración y se confirma en lo demás. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia No. 81 del 22 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administró las cotizaciones de la accionante.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

  
**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**

**MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA**

*Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública  
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)*

Firma digitalizada para el sistema de gestión judicial  
  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**SALVA VOTO PARCIAL POR CONSULTA**

06-05