

**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>HUMBERTO DE JESUS ESPINOSA DE VIVEROS</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, SKANDIA Y PROTECCIÓN</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-015-2019-00659-01</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>MODIFICA</b>

**SENTENCIA No.061**

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de marzo 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°003 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por SKANDIA y PROTECCIÓN y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 083 del 19 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería a la abogada DANIELA VARELA BARRERA identificada con T.P. No. 324.520 del C.S. de la J. para que actúe como apoderada sustituta de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

Como **ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES** y procesales se tendrán los contenidos en la demanda visibles a folio 2-19 del archivo 01, en la contestación de COLPENSIONES, militante en el archivo 03, en la contestación de SKANDIA, obrante a folios 2-19 archivo 06 y la contestación de PROTECCIÓN visible en los folios 2 a31 del archivo 08, los cuales, en gracia de la brevedad y el 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.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia No. 083 del 19 de abril de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y en consecuencia, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SKANDIA y su posterior vinculación a la AFP PROTECCIÓN.

A la par, condenó a PROTECCIÓN a devolver al fondo de pensiones que escoja el señor HUMBERTO DE JESUS ESPINOSA DE VIVEROS, la totalidad de los dineros que

se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos pensionales, si los hubiere y gastos de administración, estos últimos de su propio patrimonio.

Del mismo modo, le ordenó a SKANDIA reintegrar al fondo de pensiones que escoja el demandante, los dineros que hubiere recibido por comisión de administración, por todo el tiempo que el accionante estuvo afiliado a esa AFP.

Por otro lado, instó a COLPENSIONES a aceptar la vinculación del demandante, si este llegare a optar por dicho fondo de pensiones.

Finalmente, condenó en costas a SKANDIA y PROTECCIÓN por resultar vencida en juicio y fijó como agencias en derecho la suma de \$500.000 pesos para cada una.

Como argumento de su decisión precisó el A quo que, las AFP demandadas, tenían la carga de la prueba y eran en principio las obligadas a aportar los elementos probatorios que le permitieran al despacho, descubrir que la información brindada al momento de efectuar el traslado fue clara y suficiente, cumpliendo así con las reglas establecidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia; en tal sentido, aseveró que dicha circunstancia dentro del proceso no se acreditó, en tanto que las pruebas allegadas no daban cuenta de la asesoría debida y que por ello se debía declarar la ineficacia de la afiliación y facultar al demandante para que se afiliara al fondo de pensión de su preferencia.

Igualmente, manifestó que la obligación de PROTECCION y SKANDIA, era reintegrar la totalidad de los dineros recibidos con ocasión de la afiliación del señor ESPINOSA DE VIVEROS, incluyendo los gastos de administración, estos últimos de su propio peculio.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.**, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, pretendiendo se revoque parcialmente la sentencia en lo referente a la devolución de los gastos de administración, para lo cual indicó que las comisiones por gastos de administración se encuentran debidamente autorizadas por la ley y proceden tanto en el RAIS como en el RPM.

Así mismo, explicó que estas sumas tienen una destinación específica que es cubrir las cuotas de los seguros previsionales y por esa razón, no pueden ser reintegradas, dado que dicho rubro no se encuentra en poder de su representada y ordenar su devolución constituye un detrimento en el patrimonio de la AFP y además desconoce la buena gestión que realizó como administradora de los recursos de la cuenta de ahorro individual, puesto que por todo el tiempo que el demandante estuvo vinculado con la AFP se generaron unos rendimientos financieros.

Simultáneamente, informó que, a pesar de que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es la ficción de que el contrato nunca existió, de conformidad con los artículos 1746 y 1747 del C.C., debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, siendo el fruto o mejora del afiliado los rendimientos financieros y el fruto o mejora de la AFP las cuotas de administración, las cuales debe conservar, ya que efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Por su parte, la apoderada de **SKANDIA S.A.** apeló la decisión manifestando que, la sentencia proferida en primera instancia, desconoció lo dispuesto en el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, el cual determina de manera concreta cuáles son los rubros que se deben

regresar cuando se declara una ineficacia de traslado, destacando que, dentro de los conceptos allí reseñados nada se indica respecto de la devolución por gastos de administración.

Igualmente, refirió que en los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera, tampoco se hace alusión a la devolución por gastos de administración; simplemente señala que se deben retornar los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado y esto es, porque este rubro no tiene como finalidad financiar las pensiones ni se encuentra dentro de la cuenta de ahorro individual, en atención a que con ese 3% se pagan los seguros para financiar una posible invalidez o muerte del afiliado, de allí que esos dineros no se encuentren en poder de la AFP y ordenar su devolución se constituye en un perjuicio económico para su representada, específicamente si se toma en cuenta que SKANDIA ya no administra los dineros del demandante, en tanto esas sumas fueron enviadas a PROTECCIÓN.

El asunto se conocerá igualmente en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 CPT y SS.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

Mediante auto del 09 de febrero de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, los apoderados de la parte demandada PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES que pueden ser consultados en los archivos 06 y 07 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 al vincularse por primera vez al demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad le era imponible a las administradoras de fondos de pensiones y cesantías SKANDIA y PROTECCIÓN el deber de brindar información respecto de los beneficios que ofrece el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

De salir avante el problema jurídico principal, se deberá analizar si operó el fenómeno de prescripción y si procede devolver los gastos de administración.

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 el demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual administrado por SKANDIA S.A. el 08 de septiembre de 2004, siendo esta su primera vinculación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, según se desprende del formulario de afiliación visible a folios 25 del archivo 1 y 36 del archivo 06.
- (ii) Que posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 21 de abril de 2017 (fl. 36 - 37 del archivo 01 y 57-58 del archivo 08), fondo en el que se encuentra actualmente vinculado y tiene cotizadas un total de 775.72 semanas en toda su vida laboral (fls 41- 51 archivo 01 y 33-44 archivo 08).
- (iii) Que el 25 de noviembre de 2019, presentó solicitud de afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES (fl.30), petición que fue resuelta el mismo día, negando la afiliación, por cuanto se

encuentra a 10 años o menos del requisito de edad para pensionarse (fl 31 archivo 01).

Así las cosas, el debate se circunscribe a establecer si el hecho de que el Fondo de Pensiones no le hubiere brindado información sobre los beneficios del Régimen de Prima Media, afectó la libre formación del convencimiento del demandante y si era necesario que la administradora diera una doble asesoría al actor para efectos de afiliarse al régimen pensional.

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 obligatorio, 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.

En tal sentido, es necesario tener en cuenta que la información es considerada como el derecho de todo ciudadano a enterarse sobre aquello que desconoce, de manera clara, detallada y transparente, acerca de situaciones que pueden llegar a ser de su interés; por ende, es un derecho fundamental, y correlativamente, una obligación del Estado garantizar su cumplimiento, máxime en tratándose de derechos pensionales, donde existen intereses y expectativas futuras de las personas, que por lo general, desconocen las diferentes características que han de tener cada uno de los regímenes pensionales dentro del sistema.

Es por ello, que la ley obliga a las entidades administradoras de fondos pensionales a contar con equipos de asesores capacitados y conocedores de las características fundamentales del sistema para que puedan exponer tales circunstancias al usuario dentro de un lenguaje que se acomode al entendimiento de estos; lo anterior, con el fin de que se puedan formar un completo y libre convencimiento que les permita adoptar la decisión que mejor se adecue a sus intereses.

Lo anterior se da por cuanto, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, impone en el numeral 1° 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*», siendo oportuno advertir que cuando la norma expresa “*información necesaria*” este concepto se debe entender en su más amplia acepción, esto es, que la información suministrada debe ser “*cierta, suficiente y oportuna*”.

Precisándose a este respecto que se debe entender por “*información cierta*”, que la misma sea verdadera y sustentada en la realidad objetiva, orientada bajo los principios generales del derecho, específicamente el de la buena fe, a fin de que el receptor del mensaje logre un consentimiento reflexivo sobre las condiciones legales que el sistema pensional le ofrece; “*información suficiente*”, apunta a que esta logre concretar en el afiliado al sistema pensional, el conocimiento más amplio sobre las características del sistema, los productos y las condiciones para acceder a uno u otro régimen pensional con el fin de tener amplio conocimiento sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen pensional para así formar en el usuario un consentimiento ajustado a su realidad y a sus expectativas pensionales y; por “*información oportuna*”, debe entenderse que esta sea transmitida en el momento que debe ser, tanto al darse la afiliación, como en el límite temporal cuando el afiliado deba decidir sobre su cambio de régimen pensional.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación inicial se encuentre signada por el afiliado, y allí se indique que la selección se produjo de manera libre, espontánea y sin presiones, si la decisión del afiliado no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no puede predicarse que la selección hubiere tenido tales características. Las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, están en el imperativo de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas y consecuencias del traslado o afiliación a dicho régimen.

Nótese que, de las pruebas obrantes en el expediente y los formularios de afiliación suscritos por el actor, nada se indica respecto la información relativa a los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión ni se le informó de las diferencias existentes entre la forma de liquidar la pensión de vejez en el RPM, como tampoco se le puso de presente que podría retractarse de la afiliación.

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 folios 32 a 35 del archivo 01 y 63 a 66 del archivo 08 se observa proyección pensional efectuada por PROTECCIÓN en la que se indica a cuánto ascendería la mesada en el RAIS, en la misma no se hacen cálculos comparativos frente a la cuantía de la prestación en el RPM, además se observa que dicha información se suministró al afiliado cuando ya le había vencido la oportunidad de trasladarse.

Aunque los fondos pensionales aseguran que la información brindada al accionante fue oportuna, suficiente y clara, indicando además que el demandante fue ilustrado sobre las características y particularidades del RAIS y que la asesoría sobre la afiliación cumple con los requisitos de ser informada, libre y autónoma, la Sala no comparte estos argumentos, por cuanto en el expediente no obra prueba que permita inferir que las AFP PROTECCIÓN y SKANDIA cumplieron con el deber de ofrecer una información completa sobre las ventajas, desventajas que ofrece cada uno de los regímenes pensionales, no le explicó las características de cada régimen pensional, cómo se accede al derecho y cómo se calcula la mesada pensional en cada uno de estos, información que era necesaria para que el actor pudiera optar por la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Es de advertir que el hecho de que en el formulario de afiliación se haya indicado la frase *“hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones manifiesto que he elegido a pensiones y cesantías Colpatria para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”* no tiene la entidad suficiente para dar por demostrado que cumplió con las obligaciones que le impone la ley, porque la sola expresión no contrarresta la ausencia de pruebas que indiquen que en efecto se le brindó la información en los términos ya establecidos, máxime, si se tiene en cuenta que la razón de ser de la demanda es precisamente el hecho de que no se le dieron los datos en debida forma y que por ello su elección no estuvo bien informada, situación que obligaba a la accionada a desplegar un esfuerzo probatorio mayor para desvirtuar las aseveraciones del actor.

Aunado a lo anterior, la Sala no pasa por alto el hecho de que tampoco se anexó constancia de entrega del Plan de pensiones y reglamento de funcionamiento de la AFP PROTECCIÓN y SKANDIA, mismo que según el artículo 15 del decreto 656 de 1994, sirve

para explicar los derechos y deberes que tienen los afiliados al RAIS; mucho menos reposa la comunicación por escrito de las AFP dirigidas al demandante referente a la posibilidad de retractarse de su afiliación, siendo esta una obligación que según el artículo 3° del decreto 1661 de 1994 recae en la entidad.

En consecuencia, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PROTECCIÓN y SKANDIA, el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliado, la vinculación del demandante al RAIS emerge como ineficaz, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión de primer grado.

Por lo anterior, se ordenará a COLPENSIONES que vincule al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA al demandante, en razón de ser la única administradora vigente de ese sistema, que es el interés manifiesto del accionante, por lo que no se da lugar a la consecuencia prevista en el artículo 271 de la ley 100 de 1993; COLPENSIONES queda así en la obligación de aceptar todos los valores que hubiere recibido PROTECCIÓN con motivo de la afiliación y que se encuentran en la cuenta individual del actor.

El capital que reposa en la cuenta de ahorro individual del demandante deberá ser trasladado por PROTECCIÓN a COLPENSIONES incluyendo las cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. En este aspecto se confirma la decisión de primer grado.

Así mismo, la declaratoria de ineficacia conlleva la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues acorde con la pacífica jurisprudencia del Alto Tribunal, 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 SKANDIA 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).

Finalmente, 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 derechos que no están sometidos al efecto extintivo del paso del tiempo, pues al tratarse de una condición inherente al derecho a la prestación del sistema de seguridad social en pensiones, la acción de ineficacia 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.

Corolario de lo anterior, se modificará la sentencia recurrida en el sentido de ordenar que el traslado hacia el régimen de prima media corresponde efectuarlo a COLPENSIONES, como única administradora de pensiones de dicho régimen. Costas en esta instancia a cargo de PROTECCIÓN y SKANDIA, 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: MODIFICAR** los numerales tercero y cuarto de la sentencia No. 083 del 19 de abril de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali en el siguiente sentido:

- **TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN** efectuar el traslado a **COLPENSIONES** de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos y bonos pensionales, si los hubiere, y los gastos de administración durante el periodo que administró los recursos del actor, estos últimos indexados, y con cargo a su propio patrimonio; en igual forma se ordena a **SKANDIA** a efectuar el traslado del porcentaje correspondiente a los gastos de administración durante el periodo que administró los aportes del demandante, debidamente indexados, con destino a **COLPENSIONES**.
- **CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES** que, una vez nulitada la afiliación, acepte la vinculación del demandante en dicho régimen pensional.

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN** y **SKANDIA**, 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,

**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA  
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para  
actos judiciales



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA  
06-05



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA  
SALVO VOTO POR LA CONSULTA

Firmado Por:

**Maria Nancy Garcia Garcia**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 010 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: **4f7784cc270cb0969f968c7a65d5d95c2137135d1fa52974c1c96a4c5f2e2769**

Documento generado en 30/03/2022 02:06:14 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**