

**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>JOSE ARISTIDES MESA JIMENEZ</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO CATORCE LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	<b>76001-31-05-014-2019-00004-01</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>CONFIRMA Y ADICIONA</b>

**SENTENCIA No. 095**

Santiago de Cali, veintiocho (28) de abril 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 DECISIÓN LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 005 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma en lo no incluido en la alzada, respecto de la sentencia No. 181 del 02 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

Atendiendo al poder que se allegó al expediente, se reconoce personería al abogado JUAN FELIPE MESIAS CASTILLO identificada con T.P. No. 318.757 del C.S. de la J. para que actúe como apoderado sustituto de COLPENSIONES.

**ANTECEDENTES**

Por Auto interlocutorio No. 0245 del 10 de marzo de 2021 el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, tuvo por no contestada la demanda por parte Protección S.A (archivo 03 ED).

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 folios 67 a 79 demanda; folio 91 a 97 contestación de COLPENSIONES y a folios 150 a 167 contestación de PORVENIR, piezas procesales contenidas en el Archivo 01 ED.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Surtido el trámite de primera instancia, mediante sentencia No. 181 del 02 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, y en consecuencia declaró la ineficacia del traslado realizado por el señor MESA JIMÉNEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCIÓN S.A y sus posteriores traslados.

A la par, decidió que para todos los efectos legales debía entenderse que el afiliado nunca se trasladó y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, simultáneamente le ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones aceptar el traslado del demandante.

Por último, condenó en costas a las demandadas, estableciendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

Como argumento de su decisión expresó el *A quo* que, las administradoras de fondos de pensiones tenían desde su creación la obligación de asesorar en debida forma a los posibles afiliados, al punto de indicarles cuál era el régimen que mejor les convenía y no convertir las afiliaciones en una búsqueda para captar afiliados sin informarles las ventajas y desventajas existentes entre regímenes.

Así mismo, advirtió que con las pruebas arrimadas al proceso no se acreditó que las AFP demandadas al momento del traslado le brindaran al accionante una información clara, completa y comprensible sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, información que resultaba de vital importancia para considerar que la decisión de trasladarse fue libre y voluntaria.

Señaló que, como consecuencia de lo anterior, era procedente la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de COLPENSIONES inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el juez de primer grado, arguyó que su representada no debe asumir ninguna carga jurídica en relación con el acto de traslado, debido a que esta fue una actuación realizada por terceros ajenos a la Administradora Colombiana de Pensiones.

Igualmente, explicó que de confirmarse la declaración de ineficacia de traslado se debe ordenar a las AFP demandadas la devolución de las comisiones de gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a las cuentas de rezago, sumas que no fueron ordenadas por el juzgado, pero que deben ser retornadas a Colpensiones a efectos de mantener la sostenibilidad financiera.

Finalmente, indicó que como su prohijada no tuvo un actuar negligente, ni participó en el acto jurídico del traslado, no es procedente la condena en costas.

En lo no apelado se asume conocimiento en razón del grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, conforme lo dispone el artículo 69 CPT y SS.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 08 de abril de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR los cuales 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 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, si hay lugar a la devolución de los gastos de administración y a condenar en costas de primera instancia a COLPENSIONES.

Se procede entonces a resolver tales planteamiento previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

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

- (i) Que el accionante estuvo afiliado al extinto ISS hoy Colpensiones, que el 24 de octubre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A; que posteriormente se vinculó con ING hoy Protección y el 27 de mayo de 2010, regresó a Porvenir S.A, según se desprende del certificado expedido por ASOFONDOS (fls 168 a 171 del archivo 01 ED).
- (ii) Que en la actualidad se encuentra afiliado a la AFP PORVENIR (fl 172) y tiene cotizadas un total de 1.152 semanas en toda su vida laboral fl 5 a 10 del archivo 01 ED.
- (iii) Que radicó derecho de petición ante la Administradora Colombiana de Pensiones solicitando la nulidad de traslado realizada al RAIS, solicitud que fue negada mediante misiva del 28 de noviembre de 2018, con el argumento que el traslado se realizó ejerciendo su derecho a la libre elección del régimen (fls 12 a 14 del archivo 01 ED).

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 (RPMPD), 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* del 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 de 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 su creación, 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 para el 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.

De lo anterior se deriva 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 tal decisión no se adoptó con el pleno conocimiento de lo que ello entrañaba, no se puede predicar 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 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.

En ese contexto, resáltese que la jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de «*afirmaciones o negaciones indefinidas*», se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP,

demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con la afiliada, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ **“(...) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (...)”** (Sentencia SL2817-2019),.

De ahí que no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos o esté informado de las condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que acrediten la información brindada.

Aúnesé también que, si bien es cierto, la cuestión a probar en asuntos como el estudiado no está sujeta a prueba netamente documental, recuerda la Sala que al no establecerse tarifa legal de prueba, las AFP mencionadas están en la posibilidad de demostrar el cumplimiento del deber de información; sin embargo, salta de bulto, por ejemplo en el actual litigio, un despliegue probatorio mínimo de parte del ente administrador del RAIS, carga insatisfecha que impide a este Juez Colegiado identificar que el traslado se efectuó con total transparencia y en las condiciones explicadas.

Además, 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 implicaba 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 cuales serían sus expectativas pensionales futuras de vincularse a la entidad.

Se observa así en el presente asunto, el incumplimiento de las obligaciones a cargo de la administradora del RAIS, de otorgar toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que esta tomase la mejor decisión, sin que el legislador prevea como sanción para el afiliado la permanencia en una administradora de pensiones, en perjuicio de su posibilidad de adquirir la 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.

Corolario de lo expuesto, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR S.A. el cumplimiento de las obligaciones legales para con su afiliada, la vinculación de la demandante al RAIS emerge como ineficaz, lo que resulta suficiente para desestimar 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 la AFP 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 las AFP donde estuvo vinculado el accionante en el RAIS la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administraron las cotizaciones del afiliado.

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).

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 declarativa, 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 COLPENSIONES, 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 aclara en numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia recurrida en el sentido de precisar que la declaratoria de nulidad lleva implícito la

devolución de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante; así mismo, se adiciona la sentencia recurrida para ordenar a PROTECCIÓN y PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante el tiempo que administraron las cotizaciones de la accionante. Sin costas en esta instancia por no encontrarse causadas.

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: ACLARAR** el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia No. 181 del 02 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de precisar que la declaratoria de nulidad lleva implícito la devolución de la totalidad de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia No. 181 del 02 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PROTECCION y PORVENIR la devolución del porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas percibidos durante todo el tiempo que administraron las cotizaciones de la accionante.

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

**CUARTO:** Sin COSTAS en esta instancia.

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

*SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA  
Ley 527 de 1999, artículo 7°. Decreto 2364 de 2012*

Firma digitalizada para  
actu. judicial



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**

(AUSENTE CON EXCUSA JUSTIFICADA)  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

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: **08c77e2fcd96f434b63e049e497bc095dc9e984dddd9d1ffc8af845464875629**

Documento generado en 27/04/2022 07:45:06 PM

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