

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**

<b>PROCESO</b>	<b>ORDINARIO</b>
<b>DEMANDANTE</b>	<b>ALMA SHIRLEY RODRIGUEZ AVILA</b>
<b>DEMANDADOS</b>	<b>COLPENSIONES Y OTRO</b>
<b>PROCEDENCIA</b>	<b>JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CTO DE CALI</b>
<b>RADICADO</b>	76001-31-05-015-2019-00343-01
<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</b>

**SENTENCIA No. 362**

Santiago de Cali, veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

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°24 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES en los aspectos no abordados en los recursos, respecto de la sentencia No. 221 del 15 de julio de 2020, 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 visible a folios 02 a 07 del expediente digital; en la contestación de COLPENSIONES a folios 40 a 46, en la contestación de PROTECCIÓN a folios 71 a 84 y en la respuesta de PORVENIR a folio 122 a 139, 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, mediante sentencia No. 221 del 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, declaró no probadas la totalidad de las excepciones propuestas por los demandados y como consecuencia, declaró la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó la demandante del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual administrado por ING hoy PROTECCIÓN, que data del 1° de septiembre del 1995 y el subsiguiente traslado a PORVENIR el 15 de febrero del 2006.

A la par, condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales si los hubiere, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración debidamente indexados, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. De igual manera, ordenó a PROTECCIÓN devolver los gastos de administración indexados por el tiempo que administró las cotizaciones de la demandante.

Condenó a COLPENSIONES a vincular válidamente a la demandante en el régimen de prima media e impuso condena en costas a PORVENIR y PROTECCIÓN en la suma de \$500.000 y a COLPENSIONES la suma de \$100.000.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que, siguiendo la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia, los fondos de pensiones deben demostrar que brindaron la información necesaria y suficiente, pues es un derecho de todos los afiliados, situación que no se evidencia con el formulario de afiliación sino con otras pruebas, cosas que no sucedió en el presente proceso, por ello indicó que no actuaron con la diligencia y cuidado que la ley les exige y hay lugar a retornar a la demandante al RPM y que las demás administradoras devuelvan los dineros recibidos con ocasión del traslado.

### RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** indicó que reitera todo lo expuesto en los alegatos de conclusión en el sentido de advertir lo improcedente que resulta el reconocimiento de la nulidad o la ineficacia del traslado conforme los postulados de la jurisdicción civil y los principios generales del derecho.

Solicita se revise la sentencia en grado jurisdiccional de consulta toda vez que COLPENSIONES debe recibir a la actora y en su momento entregar un subsidio económico, por lo que considera que la entidad sí se ve afectada por la condena.

Por otra parte la apoderada de **PROTECCIÓN** advierte que los gastos de administración son aquellos que se cobran en un 3% para cubrir los gastos antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley y que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada con PROTECCIÓN, la misma administró los dineros que la demandante depositó en la cuenta de ahorro individual con la mayor diligencia y cuidado.

Resaltó que la AFP es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados, que dicha gestión de administración se evidencia en los buenos rendimientos financieros que generó la cuenta de ahorro de la demandante, por lo que considera improcedente ordenar la devolución de la comisión porque se trata de rubros ya causados y además, porque la actora se encuentra afiliada con PORVENIR y en su debido momento se trasladó todo lo que tenía ahorrado en la cuenta de ahorro individual.

Finalmente solicita se revoque la condena en costas argumentando que PROTECCIÓN siempre ha actuado de buena fe y con estricta sujeción a la ley.

El apoderado de **PORVENIR** señaló que si bien es cierto la actora alegó vicios de consentimiento para que se declarara la nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y la ineficacia, lo cierto es que las afirmaciones quedaron carentes de sustento legal, toda vez que los vicios alegados en la demanda no fueron demostrados por ningún medio de prueba.

Señaló que la parte actora no podía demostrar por ningún medio los supuestos vicios porque la AFP nunca incurrió en los hechos que se le endilgan en la demanda, lo cual está probado con los documentos aportados con la contestación de la misma, además que sí se le

brindó información relevante para que tomara la decisión de afiliarse y PORVENIR no tenía obligación legal de mantener evidencia escrita sobre la asesoría pues era suficiente el formulario de afiliación.

Resultó que la actora dentro de las oportunidades legales no hizo el uso del derecho al retracto y teniendo en cuenta que estuvo afiliada en dos AFP del régimen de ahorro individual, quedó exteriorizado su intención de pertenecer al RAIS.

Manifestó que fueron normas posteriores al traslado las que impusieron la obligación de documentar la asesoría y que debe darse aplicación a la prescripción, pues lo que está en juego no es el derecho pensional en sí, sino un mayor valor de la mesada.

De mantener la condena, solicita se revoquen todas las condenas accesorias como son la devolución de los gastos de administración y frutos, teniendo en cuenta que, conforme al decreto 3995 de 2008, en el traslado de régimen pensional no se imponen los mismos y también como sustento de esa pretensión, solicitó se tenga en cuenta el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en el cual se detalla con precisión las obligaciones de las AFP en relación con los traslados de régimen pensional.

Solicitó se declare probada la excepción de compensación, teniendo en cuenta que, si se declara la nulidad de la afiliación o la ineficacia de la misma todo vuelve a su estado original a la afiliación, es decir, al régimen de prima media, razón por la cual los rendimientos que se hayan generado a favor de la parte actora deben compensarse con los gastos de administración y con todas las demás condenas impuestas dentro del presente proceso, teniendo en cuenta que siempre se actuó ajustado a la ley y a la constitución. Finalmente solicitó se revoque la condena en costas y las agencias en derecho.

### **ALEGATOS DE CONCLUSION**

Mediante auto del 02 de julio de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos en término, los apoderados de la parte demandante, así como la demandada, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. que pueden ser consultados en los archivos 05, 07 y 08 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 ING hoy PROTECCIÓN cumplió con el deber legal de brindarle información relevante a la parte actora al momento de su vinculación 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 rendimientos, a declarar probada la excepción de compensación como lo solicita PORVENIR y a condenar en costas de primera instancia a las AFP demandadas.

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 estuvo afiliado al Regimen de Prima Media desde el 3 al 31 de agosto de 1994 (fl. 47) cotizando un total de 4,14 semanas (ii) que se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN el 01 de septiembre de 1995 (fl. 89), donde cotizó entre septiembre de 2002 a marzo de 2006 un total de 312 semanas (fl. 16) y posteriormente se trasladó a PORVENIR el 01 de abril de 2006 (fl. 143), donde ha cotizado 677 semanas (fl. 15); (iii) que elevó solicitud de afiliación al sistema general de pensiones ante

COLPENSIONES el 21 de mayo de 2019 (fl. 09) y traslado de régimen ante PORVENIR en la misma fecha (fl. 13), siendo rechazadas mediante misivas del 21 de mayo 2019 (fl. 10) y el 05 de junio de 2019 (fl. 14), respectivamente.

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 (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 simplemente de 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.

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 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, nada se indica respecto las consecuencias que trajo 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.

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 este 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 aun 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, 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 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 el afiliado, 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.

Al respecto, ha sostenido la pacífica jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, dado que la ineficacia de la afiliación tuvo su origen en la conducta inapropiada de la administradora, le corresponde a ésta 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 PROTECCIÓN y PORVENIR a cargo de sus patrimonios, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C. (*Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, el 9 de septiembre de 2008, con radicación 31989, SL 1421-2019 y SL1689- 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, por medio del cual se compilaron las normas del Sistema General de Pensiones.

En lo relativo a la compensación que reclama la accionada entre los rendimientos y los gastos de administración habría que indicar que tales rendimientos se generaron sobre el capital ahorrado por el afiliado, hacen parte de ese capital, como lo norma el artículo 63 de la ley 100 de 1993, rendimientos que de haber permanecido en el régimen de prima media también habrían tenido que generarse, integrándose allí al fondo común de naturaleza pública que conforman dichos aportes, para la garantía de las prestaciones del régimen solidario, por lo que de ningún modo podría desarticularse estos aportes para dejar estos emolumentos en el fondo privado, como si le pertenecerían a este; contrario a lo que acontece con los gastos de administración que corresponden junto con el aporte para pensión, al total de la cotización que se verificó por el afiliado, y que debió recibirse por la AFP COLPENSIONES de haber permanecido afiliado durante todo el tiempo a esta entidad.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se habrá de despachar desfavorablemente, atendiendo el hecho que la recuperación del régimen de prima media y la libertad de movilidad del sistema pensional, son pretensiones de carácter declarativo, relativas a 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 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.

Finalmente es oportuno señalar, que el hecho de que la demandante no hubiere ejercido su derecho de retracto indicado en el artículo 3º del decreto 1161 de 1994, o que no hubiera manifestado su deseo de retornar al ISS de conformidad con lo establecido en el Decreto 3800 de 2003 durante la vigencia de su afiliación al RAIS no convalida el vicio en el consentimiento en que fue inducida la actora, pues no debe pasarse por alto que ésta confió en que la asesoría dada por el representante comercial de la Administradora del régimen de ahorro individual era la que más le convenía, de ahí que lo que se eche de menos es la falta de información clara con la cual la accionante pudiera establecer cuál régimen le favorecía más y tomar así una decisión adecuada para su futuro económico.

En lo que respecta a la condena en costas de primera instancia a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR, 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.

Consecuencia de lo hasta aquí expuesto, se confirma la sentencia recurrida en los términos antelados. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fijan 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,

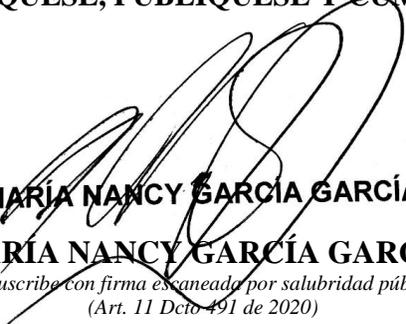
## RESUELVE

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. 221 del 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali.

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

Los Magistrados,

## NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Firma (Escaneada)  
del actor judicial  
  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
Cali-Valle  
**FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**  
05

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