

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

|                   |                                                        |
|-------------------|--------------------------------------------------------|
| PROCESO           | ORDINARIO                                              |
| DEMANDANTE        | LORENA ESCANDON GUARNIZO                               |
| DEMANDADOS        | COLPENSIONES Y OTROS                                   |
| PROCEDENCIA       | JUZGADO DIECIOCHO LABORAL DEL CTO DE CALI              |
| RADICADO          | 76-001-3105-018-2018-00256-01                          |
| SEGUNDA INSTANCIA | APELACIÓN PORVENIR Y PROTECCIÓN; CONSULTA COLPENSIONES |
| TEMAS Y SUBTEMAS  | Ineficacia de Traslado de Régimen.                     |
| DECISIÓN          | CONFIRMA                                               |

SENTENCIA No. 282

Santiago de Cali, veinticuatro (24) septiembre 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° 020 de 2021, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y PROTECCIÓN y el grado jurisdiccional a favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia No. 096 del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

Como ANTECEDENTES FÁCTICOS RELEVANTES y procesales se tendrán los contenidos en la DEMANDA visible a folios 02 a 22 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1 y su subsanación a folio 83 expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1; en la contestación de COLPENSIONES, militante de folios 125 a 134 expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte2; en la intervención del MINISTERIO PÚBLICO militante a folios 147 a 151 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte2 ; en la contestación de PROTECCIÓN a folios 151 a 178 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte2; y en la contestación de PORVENIR S.A. a folios 241 a 264 expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte3, 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. 096 del 12 de marzo de 2020, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR respecto del pago de diferencias derivadas del cálculo equivalente entre regímenes; y no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN.

A la par, declaró la ineficacia del traslado de la demandante desde el RPM al RAIS administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR del 10 de octubre de 1996 e igualmente el efectuado a PROTECCIÓN.

En consecuencia, condenó a la AFP PROTECCIÓN a que traslade los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, lo correspondiente al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y los gastos de administración indexados; ordenando igualmente a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración debidamente indexados de los periodos del 1 de diciembre de 1996 al 31 de octubre de 1998 y del 1 de noviembre del 2000 al 30 de abril del 2010.

Igualmente impuso a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado de la demandante y en el término de dos meses siguientes al cumplimiento por parte de PROTECCIÓN y PORVENIR, proceda a actualizar la historia laboral de la accionante y condenó en costas a PORVENIR y PROTECCIÓN, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV a cada una.

Como argumento de la decisión señaló el *A quo* que en el caso bajo estudio brilló por su ausencia la acreditación del deber de información para con la demandante, pues era obligación de la AFP demandada probar que sí realizó al momento del traslado inicial una asesoría completa, transparente, clara, oportuna y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen, con las características de cada régimen con sus beneficios e inconvenientes, lo que no se logra verificar con el formulario de afiliación y la leyenda pre impresa de éste, concluyendo así que tal falencia probatoria permite inferir que no hubo una labor de acompañamiento integral y completa por parte de la AFP, lo que lleva a declarar ineficaz el traslado.

## RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **PROTECCIÓN** interpone recurso de apelación manifestando que la afiliación entre la demandante y su representada se realizó de manera libre, espontánea y sin presiones; y que adicionalmente, la demandante dentro de las oportunidades legales no manifestó su deseo de retractarse de la afiliación, encontrase así válidamente afiliada al rais.

Expuso que el descuento por gastos de administración se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1003, descuento que se realiza para cubrir además de dichos gastos, el seguro previsional a la compañía de seguros y que adicionalmente, ya se causaron dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Indicó que durante el tiempo en que la accionante ha estado afiliada con su representada, ésta ha administrado los dineros que la actora ha depositado en la cuenta de ahorro individual, realizando dicha gestión con la mayor diligencia y cuidado, toda vez que PROTECCIÓN es una entidad financiera experta en la inversión de los recursos de propiedad de sus afiliados y ha generado buenos rendimientos en la cuenta.

Finalmente, respecto a la condena en costas, indicó que su representada siempre ha actuado de buena fe y dentro del marco legal, solicitando entonces se revoque esta condena impuesta a su representada.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación solicitando se revoque la declaratoria de ineficacia, pues considera que en las pretensiones de la demanda no se está solicitando la aplicación de dicha figura y no se encuentran argumentos jurídicos que validen la pretensión relacionada con la declaratoria de ineficacia del traslado.

Expone que debe tenerse en cuenta la garantía constitucional del debido proceso y el hecho de que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que en estos asuntos, se declara la ineficacia de la afiliación pero con los efectos jurídicos de la nulidad absoluta, sin permitir saneamiento de la acción de nulidad.

Precisa que el error en el que habría incurrido la accionante por el alegado mal asesoramiento, se relaciona con la naturaleza del RAIS y los diferentes derechos a los que hubiese tenido derecho si permanecía en el RPM. Que al respecto, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el artículo 1509 del Código Civil.

Solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia recurrida, bajo el argumento de que el descuento del porcentaje de los gastos de administración se encuentra autorizado en la ley 100 de 1993 y éstos no corresponde a una suma de dinero que haga parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante, resultando improcedente su traslado.

Manifiesta que se debe tener en cuenta que su representada actuó de buena fe y de conformidad al artículo 7 del decreto 2995 del 2008, en dicho precepto normativo no se hace exigible que cuando se hacen los traslados de régimen del RAIS al RPM, deban retornarse los gastos de administración y finaliza arguyendo que lo anterior se encuentra afectado por el fenómeno de prescripción.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 28 de mayo de 2021, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado los mismos el apoderado de la parte demandante los que pueden ser consultados en el archivo 06 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 PORVENIR y PROTECCIÓN cumplieron 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 y si hay lugar a la devolución de los gastos de administración 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 demandante ha efectuado cotizaciones al Régimen de Prima Media desde el 14 de marzo de 1992 al 30 de noviembre de 1996 equivalente a 233,86 semanas (fls. 34 a 36, 116 y 117 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1 y 136 a 138 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte2); **(ii)** que diligenció formulario de afiliación a HORIZONTE el 10 de octubre del 1996 (fl. 291 expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte3); posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN el 23 de septiembre de 1998 (fl. 28 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1 y folio 182 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte2); que el 27 de septiembre del 2000 se trasladó a HORIZONTE nuevamente ( fls 29 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1, 186 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte2 y 275 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte3; el 19 de marzo de 2010 volvió a la AFP HORIZONTE (fl.

189 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte2) y finalmente, retornó a PROTECCIÓN el 22 de junio del 2012 ( folio 30 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1) y; **(iii)** que elevó solicitud de vinculación ante COLPENSIONES el 13 de febrero de 2018 (fl. 32 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1), recibiendo respuesta negativa en misiva de la misma fecha por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse (fl. 33 del expediente digital – Archivo 01ExpedienteDigitalizadoParte1).

Pasando al asunto *sub-judice* es necesario rememorar 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 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 en las pruebas allegadas al proceso, 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.

Conviene advertir, que los comunicados y fragmentos de prensa con anuncios relativos al régimen de Ahorro Individual que se allegaron al proceso (fls. 196 y 267 a 268) no denotan el cumplimiento por parte de las Administradoras de su deber de información frente a la afiliada, en tanto ninguna referencia concreta al asunto de la accionante se hace en los mismos, para tener por cumplido el deber de asesoría que le asistía a las demandadas.

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 toda la información relacionada con el régimen al cual pretendía afiliarse, a fin de brindar al usuario la ilustración necesaria para que este 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 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.

No es de recibo el planteamiento de PORVENIR, cuando sostiene que la declaración de ineficacia del traslado puede conducir a una vulneración del debido proceso, pues la Corte Suprema de Justicia ha indicado sobre ese puntual aspecto que el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas -vuelta al status quo anterior<sup>1</sup>-, concluyendo la Corporación que la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos. De ahí que dados los efectos o consecuencias prácticas de la declaración en uno u otro caso son los mismos.

---

<sup>1</sup> Artículo 1746 del Código Civil.

Aunado a ello, no debe pasarse por alto que el fallador de primer grado está dotado de las facultades ultra y extra petita y sus actuaciones se rigen por el principio *iura novit curia*, que le permite aunque se invoque la nulidad y no la ineficacia, extraer del libelo introductor la verdadera pretensión de la parte accionante, con el prisma del principio de caridad, máxime en tratándose de temas relacionados con el derecho fundamental a la seguridad social pensional.

Corolario, la Sala considera que al no haberse demostrado por parte de PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A. el cumplimiento de sus obligaciones legales para con su afiliado, la afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz, razones que resultan suficientes 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 del demandante, pues no retornarlos constituiría un enriquecimiento sin causa para esta entidad, en perjuicio de COLPENSIONES, quien al recibir al actor 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 PROTECCIÓN y PORVENIR a cargo de sus patrimonios, 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 igualmente el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS, pues así está dispuesto en el artículo 2.2.2.4.7. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016.

En relación con la excepción de prescripción, la misma se despachará desfavorablemente atendiendo el hecho 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 nulidad se encuentra investida de la imprescriptibilidad que se le imprime al derecho a la seguridad social por el artículo 48 de la Constitución Nacional. Sobre el tópico se pronunció 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, 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. Costas en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A Y PROTECCIÓN, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (1) SMLMV.

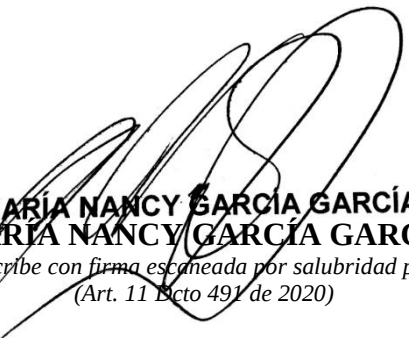
Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia No. 096 del 12 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN, las cuales se liquidarán en primera instancia. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de UN (01) SMLMV.

Los Magistrados,

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

  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
JB-05

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