

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

**MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**

<b>PROCESO:</b>	Ordinario Laboral
<b>RADICADO:</b>	76001-31-05-006-2018-00402-01
<b>DEMANDANTE:</b>	LIGIA NARVÁEZ MUÑOZ
<b>DEMANDADO:</b>	COLPENSIONES, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA
<b>ASUNTO:</b>	Apelación y consulta Sentencia No. 76 del 04 de marzo de 2020
<b>JUZGADO:</b>	Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali
<b>TEMA:</b>	Nulidad de Traslado de Régimen

**APROBADO POR ACTA No. 02**  
**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 13**

Hoy, dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los Magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**, **Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como Ponente **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por **PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** concedido en la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso ordinario promovido por **LIGIA NARVÁEZ MUÑOZ** contra **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.**, radicado **76001-31-05-006-2018-00402-01**.

A continuación se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA No. 13**

## ANTECEDENTES

La señora **LIGIA NARVÁEZ MUÑOZ**, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**, con el fin que se declare la nulidad absoluta o ineficacia del contrato mediante el cual se trasladó al RAIS tanto a **PORVENIR S.A.** como a **PROTECCIÓN S.A.**, y se ordene el retorno al RPM, con el traslado de los aportes con sus respectivos rendimientos. Adicional, pretende el pago de las costas.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 37-50 demanda, folios 71-77 contestación de la demanda por parte de **COLPENSIONES**, folios 88-116 contestación de **PORVENIR S.A.** y folios 193-220 contestación de **PROTECCIÓN S.A.** (arts. 279 y 280 CGP).

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia, en la que resolvió: Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a **PORVENIR S.A.** que tuvo lugar el 01 de noviembre de 1996, en consecuencia ordenó a **COLPENSIONES** a aceptar el traslado sin solución de continuidad y condenó a **PORVENIR** a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes efectuados por la demandante con sus respectivos rendimientos; y condenó en costas a las demandadas.

Como argumentos de la decisión, indicó la *A quo* que si bien existe en el plenario formulario de afiliación suscrito por la actora y éste no fue tachado de falso, ello no es razón suficiente para entender configurado el deber de información, puesto que esto solo acredita el consentimiento más no que la afiliada haya sido debidamente informada acerca de las incidencias del traslado sobre sus derechos pensionales. Respecto de la carga de la prueba, determinó que ésta recae en el Fondo por ser la parte fuerte de la relación contractual y la actora la parte débil, dicho lo cual, no se logró probar durante el proceso.

Agregó que en el interrogatorio de la parte, la actora afirmó que se trasladó de régimen debido a una *charla atractiva* en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión y la posibilidad de pensionarse sin límites ni restricciones; que la AFP le

comunicó hace dos años que se pensionaría con un salario mínimo legal mensual vigente y que no le informaron del derecho al retractor dentro del término legal para ello. Así las cosas, al no encontrar pruebas que permitieran demostrar la correcta asesoría que debió suministrar **PORVENIR**, la Juez de primera instancia, declaró la nulidad de traslado y ordenó la devolución de aportes a **COLPENSIONES**.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión la apoderada de **PORVENIR S.A.** señaló en resumen que, no es posible declarar la nulidad, pues el Fondo cumplió con el deber de información al momento de realizar el traslado, en cumplimiento de la normatividad vigente. Informó que no existe una parte fuerte y una parte débil, toda vez que la AFP y la actora se encuentran en una misma posición negocial. Adujo que en cabeza del afiliado recae la obligación de informarse para actuar con diligencia y cuidado. Finalmente, agregó que la acción se encuentra prescrita y solicitó al Tribunal Superior revocar la sentencia de primera instancia.

A su vez la apoderada de **COLPENSIONES** señaló que la sentencia debe ser adicionada o modificada, en el sentido de condenar a **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** a devolver al sistema todos los valores recibidos, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. con los rendimientos que se hubieren causados; además las administradoras deben asumir los costos de las mermas sufridas y gastos de administración; así mismo, los porcentajes de garantía mínima y los porcentajes para cubrir riesgos de invalidez, sobrevivencia, entre otros.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante Auto del 25 de enero de 2021, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la demanda **PORVENIR S.A.** sostuvo que no vulneró los derechos de la demandante, pues entregó la información completa y veraz sobre las consecuencias del cambio de régimen, agregó que para la época del traslado no existía la obligación de dejar documentada la asesoría brindada al potencial afiliado, luego entonces, debe tenerse como prueba de la libertad de afiliación de la accionante, el formulario suscrito entre las partes.

Finalmente, argumentó que la demandante faltó a su obligación de informarse de manera suficiente acerca del Sistema General de Pensiones, y que en cualquier caso, la acción reclamada se encuentra prescrita.

Por su parte, **COLPENSIONES** adujo que los afiliados tienen la potestad exclusiva de elegir el régimen pensional al cual desean vincularse, por tanto, se debe tener en cuenta el formulario de afiliación al RAIS como prueba plena de la voluntad de la actora de efectuar el traslado de régimen. Insistió en que la demandante se encuentra a menos de diez años para cumplir la edad de pensión, lo que la imposibilita a realizar el cambio de régimen del RAIS al RPM.

Respecto a los posibles vicios en el consentimiento al momento del traslado, informó que, durante el proceso no se logró demostrar la configuración de dicha anomalía en la voluntad de la actora, pues no es posible predecir los IBC de los próximos años para calcular una futura mesada pensional y entregar dicha información al afiliado. En consecuencia, solicita se absuelva a la entidad.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

## PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver se centra en establecer si se demostró en el plenario que **PORVENIR S.A.** cumplió 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 los rendimientos.

## CONSIDERACIONES

Con el estudio de la legalidad de la sentencia se dirimen los argumentos expuestos en los recursos de apelación.

La sentencia apelada y consultada debe **ADICIONARSE Y CONFIRMARSE** son razones:

En el caso de autos no se discuten los siguientes hechos: **1)** Que la demandante se afilió al ISS e inició las cotizaciones en mayo de 1987 (Expediente Administrativo) **2)** Que la demandante se trasladó al RAIS a través de ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** en 1996 (f. 221) **3)** Que posteriormente, la actora se trasladó **PORVENIR S.A.** en el año 2000 (f.183).

Es de advertir que, cuando se pretende por vía judicial la nulidad del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para la vejez, invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Entre las obligaciones enrostradas está el deber de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, por ello, el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, las administradoras tienen el deber del buen consejo, que las compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011 y la sentencia SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014.

Es de anotar que las jurisprudencias antes citadas corresponden a traslado respecto a personas beneficiarias del régimen de transición, sin embargo en reciente pronunciamiento (sentencia SL1452 rad. 68.852 de 3 de abril de 2019) la Sala de Casación Laboral aclaró que esa falta de deber de información, independientemente de la expectativa pensional, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional.

Entonces en definitiva le corresponde al Fondo de Pensiones quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, este es quien tiene los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que como se dijo, **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** no probaron. No puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, 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.

De lo anterior se desprende también, que a pesar de que la solicitud de vinculación o traslado al Fondo **PROTECCIÓN** (f. 221) y posteriormente al Fondo **PORVENIR** (fs. 117 y 118) se encuentra suscrita por la demandante, y allí se indique que la afiliación se produjo por voluntad de la afiliada, de ello no se desprende que la selección se originó de forma libre, espontánea y sin presiones; toda vez que en dichos documentos no reposa información completa de la que se pueda predicar que la selección hubiese tenido tales características. Más aun, cuando era deber de la Administradora realizar un proyecto pensional, en donde se informe el monto de pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Nótese que de los formularios de afiliación arriba mencionados, 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 la afiliada tomase la decisión más conveniente en materia pensional, que resulta ser un derecho fundamental conforme el artículo 48 de la Carta Magna.

Así, esta Corporación echa de menos pruebas, cálculos comparativos entre regímenes o alguna evidencia donde se explique a la demandante de forma detallada, las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS y al RPM, pues solamente fue allegado al proceso la simulación pensional efectuada por **PORVENIR** del 31 de mayo de 2018 (fs.178 al 180) donde se limitan a plasmar el monto del capital y los rendimientos de la cuenta de ahorros para dicha calenda. Todo lo cual, permite concluir que ninguna de las AFP cumplió con el deber de ofrecer información completa y veraz al momento de realizar el traspaso de régimen pensional de la señora **LIGIA NARVÁEZ MUÑOZ**.

Frente a la excepción de prescripción alegada por **PORVENIR**, basta decir que por tratarse la afiliación o traslado de régimen un acto que consecuentemente afecta el derecho pensional de la afiliada, directamente ligado con el derecho a la seguridad social – art. 48 de la Carta Política-, que resulta imprescriptible.

Así resulta acertada la decisión de primer grado atinente con declarar la nulidad del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos.

Ahora bien, respecto a lo señalado en el recurso de **COLPENSIONES**, en cuanto a adicionar a la sentencia de la *A quo* y condena a **PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A.**, para que se les ordene la devolución de los gastos de administración, los porcentajes de garantía mínima y los porcentajes para cubrir riesgos de invalidez y sobrevivencia; esta Sala considera que le asiste la razón a **COLPENSIONES**, ya que al declararse la nulidad del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, es decir, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, lo que acarrea como consecuencia la devolución de sus aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM; este deber de devolución de los valores recibidos por las AFP ha sido tratado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en su jurisprudencia en sentencias SL17595-2017, CSJ SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, rad. 31.989, en la que indicó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, 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.*

*“Como la nulidad fue conducta indebida 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 serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”*

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.

Por todo habrá de confirmarse y adicionar este último aspecto a la sentencia apelada y consultada. Como se resolvió de forma desfavorable el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.**, se le impondrá costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia apelada y consultada en el sentido que **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** deben devolver a **COLPENSIONES** los valores cobrados por concepto de gastos de administración, el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y las sumas adicionales de la Aseguradora, respecto de la cuenta de ahorro individual de la demandante **LIGIA NARVÁEZ MUÑOZ**, mientras estuvo vigente su vinculación en dicho Fondo.

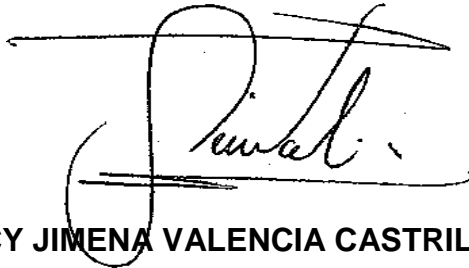
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada y consultada.



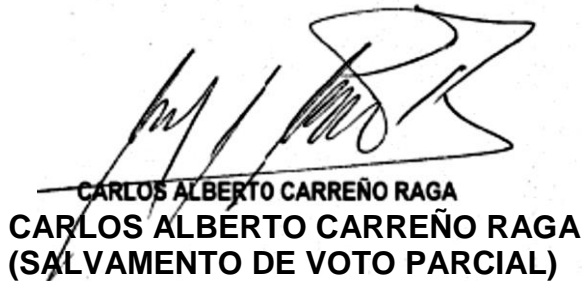
**TERCERO: COSTAS** esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjese la suma de 1 SMLMV por valor de agencias en derecho.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**



**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**  
**(SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL)**



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