

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	ANGELA BONILLA GIRALDO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -.  SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..  COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS  ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A...
RADICACIÓN	76001310500420190015401
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 407

En Santiago de Cali, a los dieciocho (18) días del mes de diciembre de dos mil veinte (2020), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN, así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No.88 del 25 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali.

## SENTENCIA No.298

### I. ANTECEDENTES

**ANGELA BONILLA GIRALDO** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.** -, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a RAIS, porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN** a **COLPENSIONES** la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual más los rendimientos.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones e indicó que la demandante no demostró que se hubiera generado un vicio del consentimiento; que el otrora Instituto de Seguros Sociales no tuvo injerencia en el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado de régimen al fondo privado; que a la demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensiona, por lo cual, debe permanecer en Porvenir S.A., en virtud de la regla general contenida en el art. 13 de la Ley 100 de 1993.

**PORVENIR S.A.** se opone a las pretensiones de la demandante; aduce que en este caso lo que se debe demandar es la ineficacia del traslado de régimen pensional y no su nulidad, por cuanto no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que cumplió cabalmente la obligación de dar información a la demandante, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para

la fecha del traslado de régimen pensional; que la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza del afiliado por disposición legal y no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento; que la demandante cuenta con plena capacidad legal para decidir el traslado del régimen de pensiones, y tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias; que la finalidad del sistema general de pensiones se cumplió frente a la demandante; que a la demandante se le informó en relación con la incidencia del traslado en el régimen de transición; que aun de considerarse, en gracia de discusión, que no hubo debida información no es por sí solo suficiente para la ineficacia del acto de traslado del régimen pensional; que la actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado; que la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social no es una relación contractual. por lo tanto, no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante por parte de la administradora de fondo de pensiones; que las acciones para reclamar la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional se encuentran prescritas.

**PROTECCIÓN** se opone a las pretensiones, señala que le brindó la información necesaria a la demandante y que le era exigida al momento del traslado, por lo que su afiliación se realizó de forma libre y voluntaria; que la demandante ratifica la voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados que realizó entre diferentes fondos por lo cual, cualquier nulidad relativa o absoluta quedó saneada.

**COLFONDOS** señala que cumplió con el deber de información; que en razón a ello la afiliación de la demandante fue libre, voluntaria y espontánea, dice que no es procedente que la demandante alegue que fue engañada después de 20 años de haberse trasladado; se opone a que se

le condene a devolver sumas a nombre de la demandante por cuanto la cuenta de ahorro de ella se encuentra inactiva y trasladada a Protección S.A..

El Ministerio Público indica que le corresponde a Porvenir S.A. demostrar que cumplió con el deber de información.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad de la afiliación que ANGELA BONILLA GIRALDO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PROTECCIÓN el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y gastos de administración de la demandante a COLPENSIONES.

## **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN** presenta el recurso de apelación, y solicita que se revoque la ordena de devolver los gastos de administración y la condena en costas procesales.

Indica que la comisión de administración es la comisión que se cobra para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de la afiliada, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante se descuentan el 3% para cubrir los gastos de administración mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros que se encuentran debidamente autorizados en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

Dice que durante el tiempo en que la demandante ha permanecido afiliada, su representada ha administrado los dineros que ella ha depositado, de manera diligente y con la mayor previsibilidad posible por parte de PROTECCIÓN, quien es experta en administración de recursos de los afiliados, lo cual se evidencia en los buenos rendimientos financieros que ha generado para la demandante.

Solicita que en el caso de mantenerse la condena frente a la nulidad e ineficacia de la afiliación que no es dable devolver los gastos de administración por cuanto se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante conforme a la ley, conforme a una contraprestación de su gestión.

Sustenta que lo anterior lo dice de conformidad al art. 1746 del C.C. que regula los efectos de la declaratoria de la nulidad, dijo que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y que PROTECCIÓN no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió causar la comisión de administración; sin embargo el art. 1746 del C.C. habla de las restituciones mutuas, frutos e intereses y del abono de las mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió el contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto y mejora que obtuvo la afiliada son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de PROTECCIÓN. Y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración la cual debe conservarse si efectivamente hizo rentar el patrimonio de la afiliada. Así las cosas, debe entender que PROTECCIÓN no debe retornar dichos dineros a COLPENSIONES,

5

teniendo en cuenta que la afiliación de la demandante fue válida y conforme a ley existente en dicho momento por lo cual, no hay una causa fáctica, ni jurídica para realizar el retorno de dichos dineros.

Solicita que se revoque la condena en costas, porque su representada actuó de buena fe y la sentencia se fundamenta en un antecedente jurisprudencial actual, pero en su momento Protección S.A. actuó conforme a la Ley vigente.

La apoderada judicial de **COLFONDOS** presenta recurso de apelación para que se revoque la sentencia respecto a la orden de devolver los gastos de administración, en consideración a que los descuentos los realizó bajo el lineamiento de la Ley 100 de 1993.

La apoderada judicial de **PORVENIR** indica que su representada cumplió con el deber de información exigida en el momento de la afiliación de la demandante, la Ley 100 de 1993; dice que el análisis del juzgado respecto al deber de información es anacrónico porque al momento cuando se suscribió el formulario de afiliación, no se podía exigir que el asesor le indicara qué régimen era mejor, pues esto no era previsible.

Indica que se debe tener en cuenta que la demandante es abogada, lo cual le permite tener un mejor conocimiento y entendimiento de la normatividad, por lo cual, este caso no debe ser tratado igual que al de un afiliado lego, pues el consentimiento informado no tiene reglas estáticas ni uniformes, por lo cual se debe analizar el nivel académico de la demandante.

Indica que la ineficacia de la afiliación no es un derecho pensional por lo cual opera la prescripción de la acción establecidos en el art. 488 CST y

151 del CPT y SS. Pues la demandante está inconforme es con el valor de la mesada y no de las condiciones de la afiliación.

Se queja de la tasación de las costas, pues considera que no hay fundamento para condenarla a la suma de \$600.000, que para la tasación se debe tener en cuenta el Acuerdo que regula las costas, que dispone para su tasación la naturaleza del proceso y la duración del mismo para su tasación.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos, en los que se solicita la revocatoria de la sentencia de instancia:

### **ALEGATOS DE COLFONDOS**

La apoderada judicial insiste en los argumentos expuestos en el juzgado y en el recurso de apelación respecto a los gastos de administración.

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES**

Esta entidad ratificó lo expuesto en el juzgado de instancia.

### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

La apoderada judicial de Porvenir S.A. insistió en los argumentos expuestos ante el juzgado, en que cumplió con deber de información que le era exigido en la fecha en que la demandante se trasladó; que la demandante tiene la obligación de mantenerse informada al ser consumidora financiera; y que prospera la prescripción de la acción de nulidad.

#### IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR S.A., COLFONDOS y a PROTECCIÓN. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la condena en costas que se le impuso a PROTECCIÓN S.A. PORVENIR S.A. y COLFONDOS, y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PROTECCIÓN, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarle, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; pues así se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo a la demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

**COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN** no demostraron que cumplieron con el deber, que le asiste desde su fundación de informar al demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Por lo anterior, la Sala no comparte los argumentos de la apoderado de **PORVENIR** con el que indica que el acto de afiliación fue voluntario y libre porque existe el formulario de afiliación, que la demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las hizo, que no buscó información adicional; la razón por la que no se comparten, es porque la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está en cabeza de la administradoras de pensiones

y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo. Esa carga probatoria no se exige en el presente asunto por el hecho de que la demandante sea abogada, pues tal circunstancia no determina que PORVENIR cumplió con el deber de información, ni que el consentimiento estuvo informado.

Así las cosas, la Sala considera que el juez acertó en su decisión de declarar la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alega **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración y los rendimientos, porque en su sentir opera el artículo 1746 del C.C. que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras; esta Sala indica que la orden de devolver los gastos de administración se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más no como una consecuencia de una nulidad sustanciales derivadas del derecho privado, pues aquí lo que operó fue una ineficacia de la afiliación por ausencia de información.

El efecto de la ineficacia de la afiliación será volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, **PROTECCIÓN** debe devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones

con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

*“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:*

*[...]*

*‘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.’”*

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se adiciona el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN** que devuelva a **COLPENSIONES**, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio. De igual manera, que **PORVENIR** y **COLFONDOS** devuelvan los gastos administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, correspondientes al tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada uno.

En lo que atañe a la prescripción de la acción de nulidad debe decirse que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos, como consecuencia de no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso. Esta figura jurídica, generalizada en todo el ordenamiento encuentra distintos términos en cuanto a la extinción de las acciones se refiere, según el campo del derecho en el que se encuentre.

Pues bien, en tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se debe recurrir a las normas comunes a fin de determinar la prescripción de las acciones, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia SU 567 de 2015 con fundamento en el artículo 48 Superior ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dejó dicho, resulta imprescriptible.

En consecuencia, avalar la posición de PORVENIR implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual no está llamado a

prosperar el argumento de la recurrente y deberá confirmarse la sentencia apelada.

Se mantiene la condena en costas impuesta a PROTECCIÓN, PORVENIR y a COLFONDOS por cuanto son objetivas y dichas entidades fueron vencidas en el presente proceso, pues se opusieron a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. En cuanto a la queja de la apoderada judicial respecto a la tasación de las costas, este no es el momento procesal oportuno para objetar el valor impuesto.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN, PORVENIR** y de **COLFONDOS** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de cada una en esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

## V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 88 del 25 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que se ordena a **PROTECCIÓN** entregar a **COLPENSIONES** las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., los gastos de administración y

comisiones con cargo a su propio patrimonio. Así mismo, se ordena a **PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS** a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, correspondientes al tiempo en que la demandante permaneció afiliada ahí.

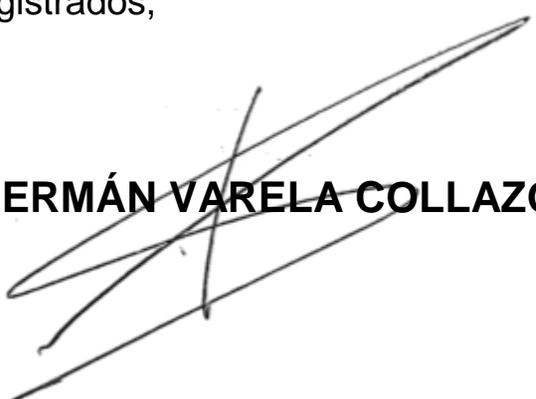
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN, PORVENIR** y de **COLFONDOS** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de cada una en esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

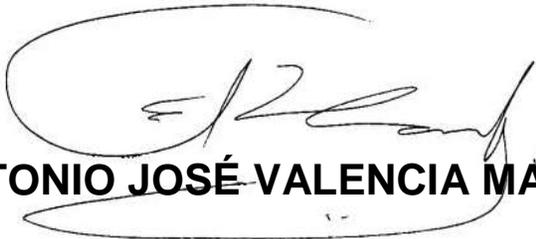
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,

  
**GERMÁN VARELA COLLAZOS**

  
**MARY ELENA SOLARTE MELO**

  
**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**

**Firmado Por:**

**GERMAN VARELA COLLAZOS**  
**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**  
**Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De**  
**Cali**

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:

**c459a9197a1b9841e6c3ae27a239b1ae6bc79785f0133d0fe43**  
**bf9048bd956ae**

Documento generado en 18/12/2020 05:36:25 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**a**