

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	OSCAR LOZANO ESPINOSA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – PORVENIR- ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310500520190059501
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE CONFIRMA Y ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 684

En Santiago de Cali, el dieciséis (16) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala 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 resolverán los recurso de apelación interpuestos por los apoderados judicial **PORVENIR** y de **COLPENSIONES**, así como la consulta a favor de ésta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 247 del 20 de

agosto de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 535

I. ANTECEDENTES

OSCAR LOZANO ESPINOSA demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.-** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en adelante **PROTECCIÓN S.A.-** con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS y se ordene a **PORVENIR** el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos debidamente indexados.

PORVENIR S.A. se opone a las pretensiones indicando que le ofreció al demandante la asesoría de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado y ella tomó la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria, que la pretensión de los gastos de administración, desconoce que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello están sujetos a la prescripción. **COLPENSIONES** indica que el demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones porque brindó al demandante la información correspondiente, por lo que su afiliación fue libre y voluntaria.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali mediante la sentencia No. 247 del 20 agosto de 2021 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor OSCAR LOZANO ESPINOSA del RPM al RAIS a través de los fondos privados PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION S.A., traslade al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, la totalidad de dineros recibidos en el RAIS con motivo de la afiliación del señor OSCAR LOZANO ESPINOSA, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como los rendimientos causados; y retorne de su propio peculio los valores de las mermas en el capital destinado a la financiación de las pensión de vejez, sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, o por los gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que acepte el traslado del señor OSCAR LOZANO ESPINOSA al RPM, junto con la totalidad de los dineros provenientes del RAIS.

CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A. AFP. Y PROTECCION S.A. a prorrata. Se fija como agencias en derecho, la suma de 4 salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación, alega que su representada sí cumplió con las obligaciones vigentes para el momento del traslado, brindó la información completa al demandante; que en ese momento no tenía la obligación de documentar la información que brindó; por lo que al exigírsele la carga probatoria de haber suministrado esa información se somete a su representada a un imposible jurídico; que el demandante tenía la opción del retracto el cual

no ejerció en el momento oportuno; que opera la excepción de prescripción y que se debe revocar la condena en costas.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación; indica que el demandante se encuentra válidamente afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de forma libre y voluntaria como lo demuestran los formularios de afiliación, sin que haya mostrado alguna inconformidad; que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro los derechos pensionales de los demás afiliados.

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** presenta el recurso apelación contra la sentencia que ordenó la devolución de los gastos de administración, por cuanto se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme a una contraprestación de su gestión.

Explica 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.

Lo anterior de conformidad al art. 1746 del CC 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** 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, 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.

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:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

El apoderado judicial de **PORVENIR** solicita que se revoque la sentencia.

Dice que no se alegaron ni demostraron causales de nulidad reguladas en el código civil, ni se dan los presupuestos para que prospere la ineficacia, que las consecuencias que regula el art. 271 de la Ley 100 de 1993 son administrativas y no las que genera las nulidades reguladas en el código civil; que en todo caso, cualquier nulidad quedó saneada por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte

con destino al régimen privado. Insiste en que no se puede confundir la ineficacia de un acto jurídico con la nulidad absoluta.

Aduce que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico y no fue tachado de falso, y cumple con el artículo 114 de la 100 de 1993, pues manifiesta que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, hecho que ratifica en el interrogatorio de parte; que todo ello confirma que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria, porque se le brindó una información oportuna y completa; que le garantizaron el derecho de retracto, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia de su parte.

Indica que su representada sí cumplió con la carga procesal impuesta, en la medida que aportó el formulario de afiliación, lo que muestra que la parte actora permitió el descuento del aporte con destino al fondo privado.

En cuanto al deber de información dice que la negligencia de la demandante en informarse no puede sanearse endilgándole responsabilidades a su representada que no estaban vigentes al momento del traslado.

Dice que de llegarse a considerar que el negocio jurídico celebrado entre las partes no tuvo validez, las consecuencias que se deben aplicar son las devoluciones de dinero que trae el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, sin que se deban ordenar otras sumas. Al respecto dice que las restituciones mutuas reguladas en el art. 1746 del C.C. impide que se devuelvan sumas como gastos de administración y primas de seguros, pues de ordenarse se constituye un enriquecimiento sin causa a favor COLPENSIONES.

Solicita que se analice en este caso la situación particular del afiliado, tal y como lo señala el H. Magistrado de la H. Corte Suprema de Justicia, Dr. Jorge Luis Quiroz Alemán, en el salvamento de voto de la sentencia de tutela Rad. 5912 del 13 de mayo de 2020.

ALEGATOS DE COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones indica que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual por decisión propia como lo demuestra su firma en el primer formulario de afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS- PROTECCIÓN S. A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS-PORVENIR S. A. sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en los fondos privados.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve los recursos de apelación y la consulta a favor de Colpensiones en lo que no fue objeto de apelación, para lo cual resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del actor del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** al régimen de ahorro individual; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PROTECCIÓN de devolver los gastos de administración, la condena en costas y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR S.A., 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 perjudicarlo, 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 al 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.

PROTECCIÓN S.A. y **PORVENIR** no demostraron que cumplieron con el deber, que le asiste “*desde su fundación*”, de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Contrario a lo que indica la apoderada de Porvenir, la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante prueba que acredite que cumplió con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Así las cosas, la sala considera que la juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado del 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 **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** 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.

Así que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros; y para dejar intacto el capital del demandante para financiar la pensión, debe devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio en consideración a la omisión del cumplir el deber legal de información, 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, adoctrino:

[...]

‘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.’” subraya fuera de texto original.

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se confirma el numeral segundo de la sentencia, y se adiciona para ordenar a **PORVENIR** que devuelva los gastos administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, correspondientes al tiempo en que el demandante estuvo afiliado de manera directa o por absorción que realizó de otras administradoras de pensiones en las que el demandante estuvo afiliado.

Por lo anterior, la orden que se dio a **COLPENSIONES** de recibir al demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues como quedó dicho, recibirla se correlaciona con la devolución que deben hacer las administradoras de fondos de pensiones, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, las comisiones y los gastos de administración.

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 consideraciones que son aplicables también para el argumento que se señala esa administradora respecto a que la devolución de los gastos de administración se encuentra prescrita, pues esta devolución tiene el objetivo de aliviar las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo que se hace 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 PORVENIR y PROTECCIÓN por cuanto son objetivas y dichas entidades fueron vencidas en el presente proceso, pues se opuso 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.

De conformidad a lo expuesto se confirma y precisa la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR

S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES a favor de OSCAR LOZANO ESPINOSA. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como 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 segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 247 del 16 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN, que devuelva con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración y comisiones generados durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante de manera directa o por absorción que realizó de otras administradoras de pensiones en las que el demandante estuvo afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., PROTECCIÓN y COLPENSIONES** a favor de **OSCAR LOZANO ESPINOSA**. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

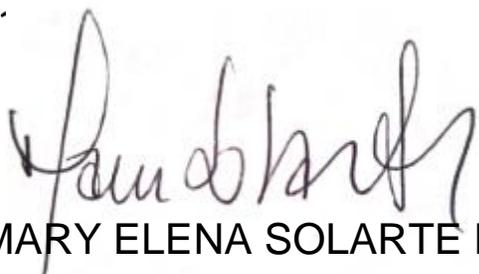
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

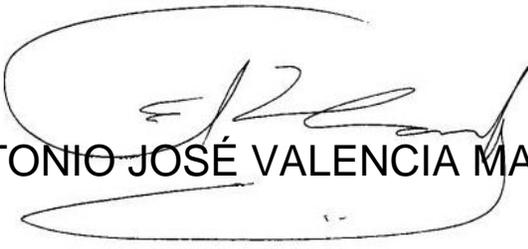
Los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 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: **10d694a99bf0d4a55fb2959ee2141a4df9f8c9e990a03e3e6e6f15bf0634a4c4**

Documento generado en 17/12/2021 03:05:34 AM

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