

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	PEDRO LUIS JARAMILLO RINCÓN
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR S.A.– ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. -PROTECCIÓN S.A.–
RADICACIÓN	76001310501920210001501
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 185

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de abril de dos mil veintidós (2022), 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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.**, así como la consulta a favor de **COLPENSIONES** de la sentencia condenatoria No. 129 del 10 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali.

Tener por reasumido el poder por el abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en calidad de apoderado judicial de PORVENIR S.A., y por parte de la abogada LINDA JOHANNA SILVA CANIZALES en calidad de apoderada judicial del demandante.

SENTENCIA No. 130

I. ANTECEDENTES

PEDRO LUIS JARAMILLO RINCÓN demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN S.A.** - y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.** -, con el fin de que se declare la ineficacia de su traslado a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, porque no cumplió con el deber de información; que se ordene el retorno del demandante a **COLPENSIONES** junto con los rendimientos, intereses y gastos de administración.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y expone que no procede el traslado porque al demandante le faltan menos de 10 años para cumplir la edad pensional; que la afiliación que él realizó al RAIS es válida porque se realizó por su propia voluntad y con la facultad de libre escogencia del régimen al que desea pertenecer, sin que haya tenido injerencia en esa decisión al momento del traslado.

PROTECCIÓN S.A. opone a las pretensiones, porque no omitió entregar la información que el demandante requería para que tomara una decisión libre y voluntaria lo cual quedó expresado en el formulario de afiliación; que su actuar fue profesional y transparente, por lo que rechaza que el actor

después de 20 años de estar afiliado a RAIS le endilgue y traslade la responsabilidad de su propia decisión; que puso en conocimiento el derecho al retracto por diversos diarios de amplia circulación

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que brindó la información de manera clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación; que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no logra probarse en el presente asunto; que tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, debido a que la misma, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. En todo caso, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003.

Adujo que al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no deriva el retorno de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración no da lugar a ser trasladados, por cuanto fueron causados de tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali resolvió

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones
formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE*

PENSIONES - COLPENSIONES EICE y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A - AFP PROTECCIÓN frente a las Pretensiones encaminadas a la Ineficacia del Traslado.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de PEDRO LUIS JARAMILLO acaecido el 22 de agosto de 1997 y la realizada el día 26 de septiembre de 2001 como cambio de administradora, por lo que deberá quedar afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A para que en el término impostergable de 30 días contados a partir de la notificación de este proveído, proceda a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de Pedro Luis Jaramillo de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, - bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, todo con cargo al patrimonio propio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: ORDENAR que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Pedro Luis Jaramillo de condiciones civiles conocidas en el plenario, incluyendo la totalidad del saldo contenido en su cuenta

de ahorro individual, conforme a lo establecido en el numeral anterior.

QUINTO: CONDENAR en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A por haber sido vencida en juicio, fijando la suma de 1 salario mínimos legales vigente como agencias en derecho. De igual manera, CONDENAR en costas a PROTECCION S.A a favor de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, fijando la suma de 1 salario mínimos legales vigente como agencias en derecho. Sin costas, en contra de COLPENSIONES S.A.”.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia, indica que el demandante sí recibió una asesoría completa, clara y precisa acerca de las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual, se efectuaron proyecciones de la mesada de manera verbal; que el demandante al haberse traslado entre administradoras, lo que genera actos de relacionamiento, con lo que refleja una intención del actor de permanecer en el RAIS, lo cual sanea el acto jurídico, conforme se ha indicado en la sentencia SL3752 de 2020. Aduce que los gastos de administración tienen fundamento legal en el art. 20 de la Ley 100 de 1993 y con ellos ha generado rendimientos financieros; que con fundamento en las restituciones mutuas se deben tener como un fruto que debe permanecer en su representada, así como el fruto de la parte actora son los rendimientos.

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación contra los numerales 1°, 2° y 5°; solicita que se revoquen y se absuelva a su representada. Indica que su representada asesoró de manera verbal al demandante de conformidad a las normas vigentes para la época en que se trasladó; que el demandante al realizar traslado entre administradoras del RAIS realizó actos de relacionamiento que confirma que sí estaba debidamente informado sobre el funcionamiento del RAIS. Indica que respecto de la acción de nulidad se encuentra prescrita.

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 COLPENSIONES

La apoderada judicial de COLPENSIONES indica que reitera los argumentos expuestos en el juzgado y solicita que se revoque la sentencia.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

El apoderado judicial 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.

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 PROTECCIÓN S.A.

El apoderado judicial de PROTECCIÓN S.A. indica que no es procedente que a su representada se le condene a devolver los gastos de administración, porque el descuento que realizó tiene fundamento legal y cumplió con el fin de generar rendimientos a favor de la demandante; que en virtud del artículo 1746 del C.C. que refiere a las restituciones mutuas, los gastos de administración son un fruto que debe permanecer en su representada, por cuanto el fruto del demandante son los rendimientos.

ALEGATOS PEDRO LUIS JARAMILLO RINCÓN

La apoderada judicial del demandante indica que la AFP Porvenir S.A. y la AFP Protección S.A no demostraron que la asesoría brindada a su representado fuese suficiente, real, ni que haya atendido las pautas que establece el art. 97 del Decreto 663/93 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, para que se adoptara una decisión libre a las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Conforme lo anterior, al no cumplir las administradoras de fondos de pensiones con el deber de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente y transparente que permita al afiliado elegir entre las opciones del mercado, entender los efectos del traslado al RAIS o los beneficios, pros y contras de ese traslado, es que se puede concluir entonces que la afiliación nunca nació a la vida jurídica, y por tal, le corresponde a las AFP asumir las consecuencias jurídicas y sobre todo económicas del resarcimiento de las circunstancias y derechos de su prohijado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala de manera conjunta resolverá la consulta y la apelación, en el sentido de resolver si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la orden que se le impuso a PORVENIR de devolver los gastos de administración, rendimientos, 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.

PORVENIR no demostró que cumplió 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.

La Sala no le da la razón a los recurrentes a que el demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con los traslados que efectuó entre regímenes, porque como quedó dicho anteriormente es uniforme la jurisprudencia en señalar que el deber de información se debe garantizar desde la antesala de la afiliación, lo cual no quedó demostrado en este proceso, por lo que todos los actos posteriores a la afiliación son ineficaces, y es por ello que no adopta lo indicado en la sentencia SL

SL3752 de 2020, que trae de presente el apoderado de PROTECCIÓN, pues esta providencia es proferida por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema, en un caso concreto en la que sostuvo que los actos de relacionamiento de los afiliados reflejan una intención de permanecer en el RAIS, pero como ya se indicó esta Sala aplica la jurisprudencia de esa Corporación en la que sostiene de manera uniforme que el deber de información en el traslado de régimen debe garantizarse por parte de las administradoras desde la antesala de la afiliación.

Así las cosas, la Sala considera que el 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 **PROTECCIÓN** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, 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 y rendimientos 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 prácticas de la ineficacia del traslado, serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, **PORVENIR** 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 el 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, 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.’”

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se confirma el numeral tercero de la sentencia apelada y se adiciona en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. la devolución de los gastos de administración a con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante, teniendo en cuenta el historial de vinculaciones que obra en el PDF 21, fl57 ContestacionPorvenir.

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** y **PROTECCIÓN** 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.

Por último, en lo referente a las **COSTAS** impuestas, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena, toda vez que la demandada se opuso a las pretensiones.

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

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. 129 del 10 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio por los periodos en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante teniendo en cuenta el historial de vinculaciones que obra en el PDF21, fl.57 *Contestación Porvenir* del cuaderno del juzgado.

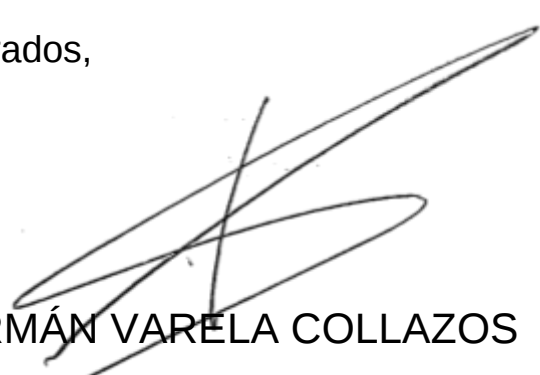
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.** a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una.

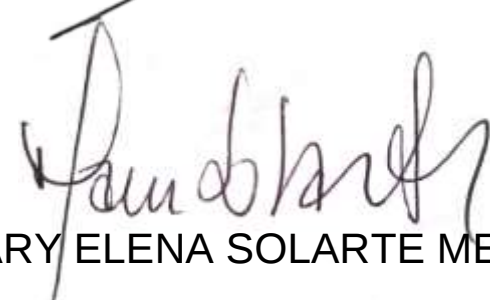
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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

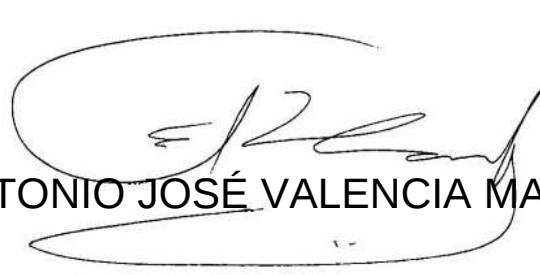
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO