



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO	COLPENSIONES PORVENIR S.A. SKANDIA S.A.
LITIS	PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A.
PROCEDENCIA	JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	76001 31 05 007 2019 00604 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN Y CONSULTA
PROVIDENCIA	Sentencia No. 263 del 31 de agosto del 2021
TEMAS Y SUBTEMAS	NULIDAD DE TRASLADO: PORVENIR S.A. omitió deber de información.
DECISIÓN	CONFIRMAR

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el Magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver en APELACIÓN Y CONSULTA la Sentencia No. 123 del 15 de julio 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **AMPARO CERQUERA CALDAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y OTROS**, bajo la radicación **76001 31 05 007 2019 00604 01**.

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



ANTECEDENTES PROCESALES

La señora **Amparo Cerquera Caldas**, convocó a la **Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, Skandia S.A. y Porvenir S.A.**, pretendiendo que se declare nulo su traslado del RPM al RAIS, se ordene su retorno a Colpensiones, ordene a Old Mutual S.A. trasladar todos los aportes de su cuenta de ahorro individual a Colpensiones y se condene a las entidades demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones indicó que fue abordada por un asesor de Porvenir S.A., quien la convenció del traslado, sin embargo, no le brindó la debida asesoría respecto a las ventajas, desventajas y características de cada uno de los regímenes pensionales en virtud del Decreto 663 de 1993, además no le informó de manera clara y por escrito acerca del capital que debía tener en el fondo para gozar de una pensión digna y acorde con sus ingresos, ni le proporcionó un comparativo de su mesada pensional en ambos regímenes, omitiendo el deber del buen consejo e induciéndola en error.

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali mediante **Auto Interlocutorio No. 4145 del 10 de octubre de 2019** integró en calidad de litisconsortes necesarios a Colfondos S.A. y Protección S.A.

La **Administradora Colombiana De Pensiones– Colpensiones** dio contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones por cuanto la señora Amparo Cerquera se trasladó al RAIS de forma libre y voluntaria y no demostró causal de nulidad o vicio en el consentimiento. Además, no es procedente

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



dado que dicho traslado no puede realizarse en cualquier tiempo, debiendo atenerse a lo establecido en los artículos 2 de la ley 797 de 2003 y artículo 1 del Decreto 3800 de 2003.

Como excepciones propuso la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción.

Skandia S.A. contestó la demanda manifestando que la señora Amparo Cerquera se vinculó de manera libre y voluntaria al RAIS y estuvo afiliada al fondo en cuatro oportunidades, razón por la que tenía un conocimiento previo del funcionamiento del régimen, de sus ventajas, características y demás componentes, por lo que su traslado fue simplemente una reafirmación del deseo de pertenecer a la administradora privada.

Como excepciones propuso las denominadas: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Porvenir S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, dado que la señora Amparo Cerquera recibió una asesoría fidedigna, veraz e íntegra acerca del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y sus condiciones pensionales individuales, firmando de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación el cual se presume autentico y válido. Asimismo, señaló que la actora



ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al efectuar traslados horizontales ante otras AFP.

Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Colfondos S.A. contestó la demanda presentando allanamiento a las pretensiones de la misma.

Protección S.A. contestó la demanda oponiéndose a la declaratoria de nulidad del traslado, como quiera que no existió omisión por parte de la entidad al momento de entregar la información pertinente a la señora Amparo Cerquera Caldas para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del régimen más conveniente con sus intereses. También manifestó que la demandante no puede pretender que después de 24 años de su traslado, endilgarle responsabilidad a la entidad de una decisión propia y autónoma.

Como excepciones formuló las denominadas: validez de la afiliación a Protección S.A., validez del traslado de régimen del RPM al RAIS y en consecuencia del traslado entre AFP realizado por la demandante, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, carencia de acción e incumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y jurisprudenciales para trasladarse de régimen, inexistencia de engaño y de expectativa legítima, nadie



puede ir en contra de sus propios actos, ratificación de la afiliación de la actora al RAIS, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Séptimo Laboral Del Circuito De Cali** decidió el litigio mediante la Sentencia No. 123 del 15 de julio del 2020 en la que:

Declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS efectuado ante Porvenir S.A., Colfondos S.A., ING hoy Protección S.A., Skandia Old Mutual, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RAIS y permaneció en el RPM, razón por la que deberá ser admitida nuevamente en Colpensiones.

Asimismo, ordenó a Porvenir S.A., Colfondos S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. a devolver todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la señora Amparo Cerquera tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros y porcentaje de gastos de administración de forma proporcional al tiempo en que estuvo en cada uno de los mencionados fondos privados.

Finalmente, condenó en costas a Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A., Skandia S.A. en cuantía de 1 SMLMV y absolvió de las mismas a Colpensiones.

APELACIÓN:

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



-Protección S.A.

"Interpongo recurso de apelación solicitando al HTS de Cali proceda a revocar el numeral 4 de la sentencia No. 123 proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Cali, por las siguientes razones:

La comisión de administración es aquella que cobran las AFP para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, de cada aporte del 16% del IBC que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, la AFP ha descontado el 3% para cubrir los gastos de administración antes mencionados y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 modificado por la ley 797 de 2003 y que opera tanto para el RAIS como para el RPM.

Durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada al Fondo de Pensiones Obligatorio administrado por Protección, mi representada administró los dineros que la misma depositó en su cuenta de ahorro individual, gestión que realizó con la mayor diligencia y cuidado, por lo que no es procedente que se ordene la devolución de lo que mi representada descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

En ese orden de ideas, si la consecuencia de la ineficacia o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y, por ende, nunca Protección debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración.

Sin embargo, el artículo 1746 del CC habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y abono de mejoras, con base en esto, debe entenderse que aunque se declare una nulidad o ineficacia de la afiliación y se haga la ficción de que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso, el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentable el patrimonio del afiliado.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



Así las cosas, se puede hablar de unas prestaciones acaecidas, que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad de derecho privado, mediante la restitución completa de las prestaciones producto de lo recibido, se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos a la AFP y esta debe devolver la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado tampoco debieron haber existido rendimientos."

-Porvenir S.A.

"Presento recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir, fundamentado en los siguientes reparos en concreto:

No se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia del traslado, ni tampoco se comparte la condena de los gastos de administración en que de manera de desconocimiento de la norma se imparte a mi representada, lo primero, por cuanto se está permitiendo con esta sentencia que un principio general del derecho que en los términos del artículo 230 de la Constitución Política también hace parte del ordenamiento jurídico y es que se está permitiendo que la demandante se beneficie de su propia culpa, pues nótese que en el interrogatorio de parte es absolutamente evidente la displicencia y desinterés de la demandante por asesorarse dentro del régimen, toda vez que dice que se trasladó más de 6 veces por favores a amigos y eso es una actuación culposa de su parte, que no puede el ordenamiento jurídico permitirse.

Ahora, sobre los gastos de administración es evidente el desconocimiento de la norma civil frente a estos aspectos y a esto traigo a colación nuevamente la sentencia de la Corte Constitucional en sentencia C 345 de 2017, en la cual hace una marcada diferencia entre la ineficacia de pleno derecho y la nulidad de un acto jurídico o de un contrato, lo dice la Corte Constitucional que cuando se trate de ineficacias de pleno derecho, en primer lugar son de pleno derecho y no requieren de una declaración de juez, sin embargo, aquí se declara, lo dice que frente a esto se tienen que dar las consecuencias jurídicas que la norma especial al ser un sistema especial la ineficacia de pleno derecho trae, en ese orden de ideas, se tienen que dar las consecuencias jurídicas del 271 pues de declaró la ineficacia de pleno derecho y, en este caso, se habla de que no tiene eficacia, valga la redundancia, el traslado realizado y, por tanto, se debe hacer el traslado en los términos del artículo 113 que nada haga de los gastos de administración.

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



Ahora, si le vamos a dar una ineficacia de derecho, de manera errada, una consecuencia jurídica de una nulidad, figuras absolutamente diferentes y nos vamos a establecer en el artículo 1746, lo primero que hay que hacer es leer ese artículo de manera profunda y en el cual se establece que las partes que hacen parte de un negocio jurídico declarado nulo tiene la obligación de la restituciones mutuas, no restituciones unilaterales, nótese que el artículo 1746 dice lo siguiente "la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada va a las partes, no dice a la parte vencida en juicio, derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallaren si no hubiera existido el acto o contrato nulo, en las restituciones mutuas, no dice restituciones unilaterales, que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento será cada cual responsable de la pérdida de las especies o su deterioro de los intereses y de los frutos, ya lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil, que sin lugar a dudas en este tema es la más experta sobre esto que, cuando una de las partes se lucra de los frutos civiles de un contrato declarado nulo tiene la obligación de restituir estos elementos.

Lo anterior, con el fin de determinar que los ejercicios financieros de los cuales se lucró la parte demandante aumentaron su patrimonio, llegaron a su cuenta de ahorro individual, son frutos civiles que se está lucrando de un negocio que se está declarando pues al parecer nulo por la consecuencia jurídica que se le está dando y tendría que el juzgado en los términos del artículo 1746 que es absolutamente claro ordenar la restitución de estos intereses civiles o estos ejercicios financieros de los cuales se lucra, pues si no se hace se está propendiendo por un enriquecimiento sin causa, lo cual está permitiendo la sentencia.

Ahora, sobre los gastos de administración es importante resaltar que en los términos del artículo 20 inciso 2 de la ley 100, establece que en el RAIS el 10% del IBC se destinará a las cuentas individuales y ahorro pensional un 0.5% del ingreso se destinará al fondo de garantías y el 3% restante a los gastos de administración, es evidente que estos gastos de administración no hacen parte de los dineros de la pensión, por lo cual si son susceptibles de la figura extintiva de la prescripción trienal, pues ya lo ha dicho la CSJ que cuando se trate de emolumentos económicos como son las mesadas pensionales, incluso los gastos de administración que no hacen parte del dinero de la pensión, estos dineros si son susceptibles de prescripción y debió el despacho declarar la prescripción sobre estos gastos de administración, que insisto, erradamente y haciendo una interpretación errada de la norma y del artículo 1746 ordena que se tengan que deben restituir.

En ese sentido, solicito a los Honorables Magistrados del TSC que revoquen en su totalidad la sentencia proferida por su despacho."

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



- Colpensiones

"Interpongo recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de proferir, como quiera que se encuentra claro que la demandante realizó el traslado al RAIS de forma libre y voluntaria conforme se dispone en el artículo 13 literales b) y e) de la ley 100 de 1993, teniendo el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca del régimen más conveniente a su caso, por lo que la ignorancia de la ley no es excusa en esta situación.

Además, el apoderado judicial de la parte actora al presumir la ineficacia de la afiliación con la presente acción debió probar eficazmente que las AFP demandadas incurrieron en un vicio o causal de nulidad, no estando demostrado más allá del propio dicho de la parte actora, razón por la cual no se adecuan los requisitos requeridos para acreditar la ineficacia de la afiliación con la presente acción."

-Skandia S.A.

"Me permito interponer recurso de apelación y lo sustento básicamente mi inconformidad frente al numeral 4 de la sentencia referente al traslado que debe operar hacia Colpensiones de los gastos de administración y quiero enfocarme específicamente en los gastos de administración, porque difiero de manera muy respuesta a la normatividad que está señalando el juez en primera instancia frente a la regulación que debe darse para el traslado de estos gastos de administración.

El juez séptimo laboral de Cali manifestó que como sustento legal para ordenar estos gastos de administración obedece al Código Civil, difiero en esta parte porque en ese orden de ideas, debe regularse de manera específica y concreta el Decreto 3995 del 2008 artículo 7 que habla referente a los traslados de recursos frente a los regímenes y específicamente este artículo señala que cuando opera un traslado de recursos debe realizarse "cuando se trata de una administradora del RAIS deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión del RAIS e igualmente debe incluirse el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS".

Por lo tanto, solicito al TSC tenga en consideración que el CC no es la norma que debe regular u ordenar esos gastos de administración, sino que debe señalarse con fundamento en el Decreto 3995 del 2008 artículo 7 que como bien lo indica no

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



habla que debe darse en ese traslado de recursos los gastos de administración; esta normatividad está igualmente en armonía con un concepto emitido por la Superintendencia Financiera concepto que fue emitido recientemente el 15 de enero de este año, mediante el cual la Superfinanciera manifestó al respecto lo siguiente:

"este despacho considera que: al decretarse la nulidad o ineficacia de la afiliación procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluye lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia a la administración de los recursos efectuados por la administradora, así como los porcentajes destinados a la garantía de la pensión mínima y sus respectivos rendimientos"

Por tanto, y como bien lo señaló el apoderado de Porvenir, como bien se sabe el artículo 20 de la ley 100 señala un 3% para gastos en los que está los gastos de administración y en nada señala el decreto que acabo de mencionar Decreto 3995 de 2008 ni la Superintendencia Financiera que en el evento de que se ordenen algunos traslados de recursos debe incluirse los gastos de administración, motivo por el cual solicito al TSC que se guarde una armonía y no exista una incongruencia entre las sentencias y la norma en donde regula de manera específica a diferencia de la normatividad señalada en el CC, sino la normatividad del decreto mencionado, donde nada señala que debe operar en el caso de los traslados la devolución de los gastos de administración por lo ya señalado.

Igualmente, es importante resaltar que considera la parte a la que represento que estos gastos de administración no fueron solicitados en la demanda, trasbordando las iniciales peticiones contenidas en la demanda, por lo tanto, considero que se ha violado de cierta manera el derecho de defensa y contradicción porque no se analizó, ni se señaló dentro de la fijación del litigio y, por tanto, es procedente se revoque parcialmente la sentencia proferida en primera instancia y específicamente en lo que tiene que ver con estas sumas que fueron ordenadas por el juez.

En ese orden de ideas y de considerarse además que los supuestos fácticos de este proceso difieren considerablemente de los supuestos fácticos que ordenan los gastos de administración en sentencias ya ordenados de la CSJ, por lo tanto, solicito se revoque parcialmente este punto en segunda instancia, considerando todos y cada uno de los argumentos esgrimidos."



Además, el proceso se conoce en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, toda vez que la sentencia resulto adversa a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

La **parte demandante** presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la sentencia de primera instancia y manifestó: *"(...) en Primera Instancia la AFP demandada no logró probar que si había brindado una información clara, precisa, oportuna para que la señora Cerquera Caldas tomara una decisión consciente de sus nefastas consecuencias"*.

Protección S.A. pidió se revoque la sentencia de primera instancia en lo que tiene que ver con la condena por gastos de administración, en razón que es improcedente que se acceda a dicha condena porque son comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la señora AMPARO CERQUERA CALDAS y descuentos que se encuentran conforme a la ley.

Porvenir S.A. solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones presentadas en su contra, manifestando que *"no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz"*.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia, surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 y teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por las partes, se profiere la

SENTENCIA No. 263

En el presente proceso no se encuentra en discusión: i) que la señora **Amparo Cerquera Caldas**, el 25 de mayo de 1996 se trasladó del ISS hoy Colpensiones a Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 22 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **ii)** que el 01 de mayo de 2002 se trasladó a Colfondos S.A. (fl. 149 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **iii)** que el 01 de julio de 2006 se vinculó con ING hoy Protección S.A. (fl. 149 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **iv)** que el 08 de enero de 2008 se afilió a Skandia S.A. (fl. 86 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **v)** que el 18 de febrero de 2009 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 154 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **vi)** que el 30 de junio de 2010 se vinculó a ING hoy Protección S.A. (fl. 223 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **vii)** que el 27 de septiembre de 2013 se trasladó a Skandia S.A. (fl. 88 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **viii)** que el 01 de enero de 2015 se afilió a Protección S.A. (fl. 223 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **ix)** que el 01 de julio de 2015 se trasladó a Old Mutual hoy Skandia S.A. (fl. 12 PDF 01ExpedienteDigitalizado) **x)** que el 13 de septiembre de 2019 radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, el cual fue negado por encontrarse a menos de 10 años de causar su derecho pensional (fls.20-21 – PDF 01ExpedienteDigitalizado)

PROBLEMAS JURÍDICOS

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



En atención a los recursos de apelación presentados por las demandadas y el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, el **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por la señora **Amparo Cerquera Caldas**, habida cuenta que en el recurso de apelación de Colpensiones, se plantea que dicho traslado se efectuó de manera libre y voluntaria.

De ser procedente la nulidad de traslado, se determinará:

1. Si la demandante tenía la carga de la prueba en cuanto a la omisión del deber de información en que incurrió la AFP demandada.
2. Si Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A. deben devolver a Colpensiones los gastos de administración y rendimientos financieros causados en los períodos en que administraron la cuenta de ahorro individual de la demandante, además, dado el argumento expuesto por Porvenir S.A. deberá estudiarse si tal retorno implica un enriquecimiento sin causa.
3. Si la demandante tiene el deber de restituir los rendimientos de su cuenta de ahorro individual.
4. Si operó el fenómeno de la prescripción al respecto de la acción de nulidad de traslado.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala empieza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Al respecto del deber de información, 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 a la afiliada elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses¹ y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba².

En el caso, la señora **Amparo Cerquera Caldas**, sostiene que, al momento del traslado de régimen, no le explicaron las condiciones del traslado ni las consecuencias de tal acto, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa.

En efecto, en el caso las pruebas documentales no dan cuenta que **Porvenir S.A.**, AFP a la que se efectuó el traslado inicial hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la

¹ 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, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014.

² Sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar³, situación que no se logró acreditar en el plenario.

Y, es que pese a que se firmó por parte de la demandante un formulario de afiliación al momento del traslado, este es un formato preimpreso para depositar información general de la afiliada, de su vinculación laboral y beneficiarios, en el que se le pregunta genéricamente si fue informada y asesorada por la AFP sin que contenga datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer a la afiliada las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

Por lo que en el caso se observa que la vinculación al RAIS de la demandante se dio en desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en tal sistema pensional alterno.

Por lo tanto, la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada y no a la señora Amparo Cerquera Caldas, como de forma errada lo afirmó Colpensiones, 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.

En consecuencia, ante la declaratoria de nulidad del acto jurídico que dio

³ Sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



lugar a la afiliación de la demandante al RAIS, **Skandia S.A.**, deberá reintegrar los valores que hubieren recibido con ocasión de la afiliación de la demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil, como también deberán retornar los gastos de administración, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C⁴., ocurriendo lo mismo con los rendimientos financieros causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

De igual manera, se ordena a **Protección S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A.** a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio.

La devolución de los gastos de administración y rendimientos no implica un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, como lo afirmó Porvenir S.A. porque tal orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras.

De igual manera, en atención al recurso de apelación presentado por los apoderados de Protección S.A. y Porvenir S.A. en cuanto a la restitución que debería hacer la afiliada de los rendimientos de su cuenta de ahorro individual, se debe precisar que dada la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al sistema pensional de ahorro individual, esta no trae consigo la imposición de nuevas obligaciones a cargo de la misma como erradamente lo manifestaron los recurrentes, pues la señora Amparo Cerquera no está en el deber de restituir los rendimientos de su cuenta individual a la administradora, en razón de su buena fe y

⁴ CSJ sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31989.

PROCESO: ORDINARIO

DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS

DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS

LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.

PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI

RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



toda vez que es una carga que debe asumir la AFP como un deterioro de la cosa entregada en administración.

Ahora, en cuanto al argumento de la **prescripción**, debe decirse que, tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y 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, 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 dijo, resulta imprescriptible, tesis aceptada por la CSJ recientemente en sentencia SL 1688 del 8 de mayo del 2020.

Por tanto, avalar la posición de **Porvenir S.A.** implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo que no está llamado a prosperar el argumento de la recurrente.

Finalmente, debe recalcar que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, pues con ello se verificó la legalidad



de la condena, encontrando que hay lugar a la nulidad de traslado solicitada.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Se condenará en costas a **Protección S.A., Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones** por cuanto sus recursos de apelación no fueron resueltos de manera favorable.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia apelada, precisando que **SKANDIA S.A.**, debe trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió con motivo de la afiliación de la señora **AMPARO CERQUERA CALDAS**, tales como cotizaciones, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones de la demandante y **PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.** deberán devolver con cargo a su propio patrimonio el porcentaje de los gastos de administración por los períodos en que administraron las cotizaciones de la demandante, debidamente indexados.



SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y PORVENIR S.A.** Liquídense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Magistrado Ponente

MARY ELENA SOLARTE MELO

GERMAN VARELA COLLAZOS

Firmado Por:

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01



Antonio Jose Valencia Manzano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 7 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:

3ffd4dbe76787220b3b88d6e0feb837758baf86b7efea79d86e577b33d8c
0928

Documento generado en 30/08/2021 11:04:59 AM

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

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: AMPARO CERQUERA CALDAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES Y OTROS
LITIS: COLFONDOS S.A. – PROTECCIÓN S.A.
PROCEDENCIA: JUZGADO SÉPTIMO LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 007 2019 00604 01