

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501620200034201
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA INEFICACIA DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 70

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), el magistrado **GERMÁN VARELA COLAZOS** 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 resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES, así como la consulta a favor de ésta en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 6 del 28 de enero de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Diecisésis Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería al abogado DIEGO FERNANDO HERNANDEZ M. en calidad de apoderado sustituto de COLPENSIONES, según el memorial poder allegado con los alegatos el 11 de febrero de 2022, PDF05AlegaColpensione01620200034201 del cuaderno virtual del tribunal.

## **SENTENCIA No. 50**

### **I. ANTECEDENTES**

**GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN** demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.**, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PORVENIR S.A.** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

**PORVENIR S.A.** se opone a las pretensiones indicando que le ofrecieron al demandante la asesoría de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado; que el demandante tenía la obligación de informarse, más si se tiene en cuenta que la relación que las une es reglamentaria, regulada en la Ley 100 de 1993; que la demandante es capaz, en los términos del código civil.

Señala que no es procedente devolver las sumas ordenadas en la sentencia, porque los gastos de administración surgieron a favor de su representada, que se deben tener en cuenta el art. 1746 del C.C que habla de las restituciones mutuas, en razón a ello se tiene que la demandante realizó aportes, y su representada al descontar los gastos de administración, obtuvo rendimientos a favor del demandante, por lo cual, según ese artículo no habría lugar a la devolución de los

rendimientos, ni de los gastos de administración, ni los sumas de la aseguradora, frutos e intereses. De ordenarse ello, se genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES.

**COLPENSIONES** indica que la 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.

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONE PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación del demandante GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN con PORVENIR S.A.*

*TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN al régimen de prima media con prestación definida.*

*CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN a COLPENSIONES.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES, PORVENIR S.A., Tásense como agencias en derecho el valor de UNO Y MEDIO S.M.L.M.V. para cada una. Inclúyase por la secretaría del Juzgado. Las costas serán pagadas en partes iguales por los demandados.*

*SEXTO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional por ser adversa a COLPENSIONES"*

## **II. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación. Indica que el demandante le falta menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo que no procede el traslado de régimen; solicita que en el evento de que se confirme la sentencia se adicione ordenando a **PORVENIR** que devuelva los gastos de administración, primas de seguro, rendimientos y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, **PORVENIR** y **COLPENSIONES** insisten en los argumentos expuestos en el juzgado.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la nulidad del traslado o ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe revocar la condena en costas procesales impuesta a **COLPENSIONES**.

Respecto al **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 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 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 S.A.** 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.

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

La nulidad del traslado conlleva la devolución de las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema, Sala Laboral en las sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 4964 de 2018 y SL4989 de 2018 y SL 1421 de 2019; Por tanto, se modifica en este sentido el numeral cuarto de la sentencia en tal sentido.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra el derecho a la seguridad social es irrenunciable, el cual, resulta imprescriptible.

No le asiste razón a COLPENSIONES cuando solicita que se absuelva de las costas procesales, pues estas son objetivas y están a cargo de la parte vencida en juicio.

De conformidad a lo expuesto se modifica la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor de GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN.

Inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a 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: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia No. 6 del 28 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así: ORDENAR a PORVENIR S.A. devolver a COLPENSIONES las cotizaciones efectuadas por GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN al RAIS, los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

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

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** a favor de **GUSTAVO ADOLFO BETANCOURT VALDERRUTEN**. Inclúyase en la liquidación de 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.

Intervinieron los Magistrados,

**GERMÁN VARELA COLLAZOS**

**MARY ELENA SOLARTE MELO**

**ANTONIO JOSE 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: **22b9fec141c511f7503957e43113d04f86a8a69ecb80cc1f5565840259945d46**

Documento generado en 01/03/2022 02:22:39 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**