

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	JHON HAROLD SOACHA ORTEGA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN	76001310500520190045001
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 LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 71

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós (2022), 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 recursos de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de COLPENSIONES en

lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 531 del 6 de diciembre de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada MARÍA CAMILA SILVA SERNA en calidad de apoderada sustituta de COLPENSIONES, según el memorial poder allegado con los alegatos el 11 de febrero de 2022, pdf 05AlegatosColpensiones00520190045001 del cuaderno virtual del tribunal.

SENTENCIA No. 51

I. ANTECEDENTES

JHON HAROLD SOACHA ORTEGA demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** -, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.-** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS-**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS y se ordene a las AFP trasladar 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; aduce que en este caso lo que se debe demandar es la ineficacia del traslado de régimen pensional y no su nulidad, por cuanto no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que cumplió cabalmente la obligación de dar información al demandante, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional; que la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza del afiliado por disposición legal y no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento; que la demandante cuenta con plena capacidad legal para decidir el

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

COLFONDOS se opone a las pretensiones en consideración a que brindó la información necesaria para que el demandante se trasladara de manera voluntaria y libre, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación.

COLPENSIONES indicó 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.

El juzgado mediante el Auto No. 1470 del 19 de noviembre de 2020 vinculó a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** en adelante **PROTECCIÓN**, quien se opuso a las pretensiones, señala que le brindó al demandante la

información, por lo cual, su consentimiento estuvo debidamente informado cuando se afilió a la administradora.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali resolvió

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el demandante JOHN HAROLD SOACHA ORTEGA, en los fondos de pensiones y cesantías **PORVENIR, ING hoy PROTECCION, COLPATRIA hoy PORVENIR y COLFONDOS.**

En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales los afiliados nunca se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permanecieron en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

SEGUNDO: CONDENAR a las **AFP PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.,** a trasladar a COLPENSIONES EICE, **los** saldos obrantes en las cuentas de ahorro individual del demandante JOHN HAROLD SOACHA ORTEGA. Junto con sus rendimientos. De igual modo, Las AFP antes citados, deberán devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ellos ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CORDENAR a **COLPENSIONES** que una vez las **AFPS den** cumplimiento a lo anterior, procesa a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor del demandante JOHN HAROLD SOACHA ORTEGA y activar su afiliación en el régimen de prima media, sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR en costas a cargo **de cada uno de las demandas PORVENIR, COLFONDOS, PROTECCION Y COLPENSIONES** – en la suma de un (1) smmlv a favor del demandante

QUINTO: En caso de no ser apelada por parte de Colpensiones se remite en Consulta al Tribunal Superior de Cali, por ser desfavorable para esta entidad.

II. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se declaren probadas las excepciones propuestas; indica que cumplió con los requisitos vigentes al momento del traslado de régimen de la actora, permitiéndoles tomar la decisión de manera libre, voluntaria y sin presiones; que no se le puede exigir a su representada el cumplimiento del deber de información que nació con posterioridad a la afiliación, como lo es el de entregar proyecciones pensionales al momento de la afiliación, el deber del buen consejo y desincentivar a los posibles afiliados, puesto que todo ello surge de manera posterior al traslado. Indica que la obligación de su representada era brindar información sobre las características, condiciones y limitaciones de cada régimen pensional, con lo cual sí cumplió.

Aduce que el deber de información es de doble vía, por lo que la demandante debe informarse, preguntarle al asesor o utilizar cualquiera de los medios de comunicación que están a disposición y la información que debieron recibir era de público conocimiento; que la demandante solo esperó a estar ad portas a pensionarse, para presentar esta demanda con el solo presupuesto de una diferencia en la mesada pensional, pese a contar con múltiples oportunidades para retornar al régimen de prima media; que no se demostró vicios en el consentimiento, ni error de hecho o derecho.

En cuanto a las consecuencias de declarar la ineficacia frente a un acto jurídico equivale a entender que el mismo nunca nació a la vida jurídica, no hubo aportes ni rendimientos, y por tanto, se opuso a la condena de devolver los aportes y rendimientos; así como, a la devolución de los gastos de administración, en razón a las restituciones mutuas establecidas en los artículos 1746 y 1747 del C.C. no puede obligarse a su representada a que devuelva un bien y al mismo tiempo a que devuelva las sumas que invirtió para sostenerlo o incrementarlo; además que, los gastos tuvieron una destinación específica consagrada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, lo cual es la contraprestación de la correcta administración, generación de rentabilidad y seguridad en los recursos de la cuenta de la actora, por lo que son sumas que cumplieron con el fin previsto y no están en el patrimonio de su representada, por lo que no procede la devolución, y su condena supone un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, porque en Colpensiones también se cobran estas sumas. Finalmente, indica que tampoco procede la devolución de las sumas de la aseguradora y bonos pensionales, por no encontrarse en la cuenta de ahorro individual.

Las apoderadas judiciales de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN presentaron el recurso de apelación respecto a la orden de devolver los gastos de administración y sumas adicionales de la asegura, indican que tienen fundamento legal y son correspondientes a los rendimientos que generaron a favor del demandante; no se pueden desconocer los frutos y mejoras de cara a las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 C.C.

COLFONDOS agrega que ya trasladó los dineros existentes en la cuenta ahorro individual, por lo que solicita que se indique en la parte

resolutiva, que estos saldos sean devueltos solo en el caso de no haberlo hecho. Insiste en que opera el fenómeno de la prescripción.

COLPENSIONES presenta el recurso de apelación e indica que el traslado se realizó en legal forma; no se demostraron vicios en el consentimiento y el demandante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al afiliarse a varias administradoras del RAIS.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, COLPENSIONES y PORVENIR S.A. insistieron en los argumentos expuestos en primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN de devolver las mermas del capital por descuento de los gastos de administración, bonos pensionales, rendimientos y sumas adicionales de la aseguradora; si la orden dada a COLFONDOS de devolver los aportes y rendimientos se debe revocar o condicionar su devolución solo en el caso que no lo haya devuelto, si prospera la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR, 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 **dobles asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SL19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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 ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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, sumas de la aseguradora, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

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

[...]

‘La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de

administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En lo que refiere a la orden dada a las Administradoras demandada de devolver los gastos de administración, 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 las cosas, la ineficacia del traslado conlleva la devolución de las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio de las AFP, los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, sumas adicionales de la aseguradora, 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 confirma la sentencia de instancia.

Lo anterior no es óbice para darle la razón a COLFONDOS quien alega que por no ser la actual administradora en la que se encuentra afiliado el demandante, no tiene en su poder los aportes ni rendimientos, por tal razón, se indica que la orden impuesta de devolver los aportes y rendimientos solo se hará en el evento en que no lo hayan realizado.

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.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN a favor de JHON HAROLD SOACHA ORTEGA. Inclúyase en la liquidación esta instancia a cargo de cada una 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:**

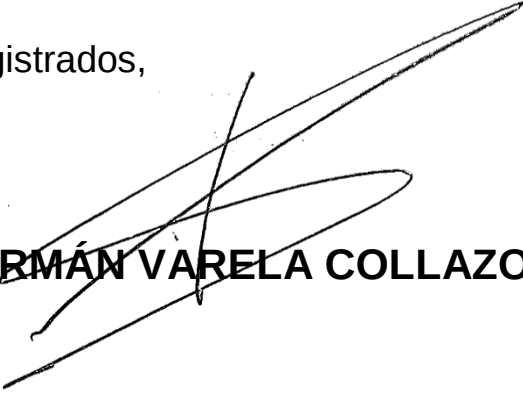
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 531 del 6 de diciembre de 2021, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, y se precisa el ordinal segundo en el sentido de indicar que COLFONDOS, PROTECCIÓN solo devolverán los aportes o *“saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual”* y rendimientos a Colpensiones en el evento en que no los hayan devuelto a otras AFP.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A., COLPENSIONES** y **PROTECCIÓN** a favor de **JHON HAROLD SOACHA ORTEGA**. Inclúyase en la liquidación esta instancia a cargo de cada una la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

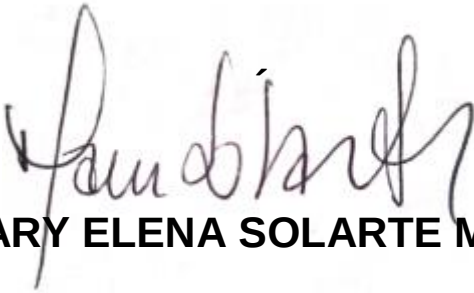
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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: **22b9f28075c6861e1277cafd9a84fcb237ff1223f9747ff54d7214366ebdaf30**

Documento generado en 01/03/2022 02:22:38 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>