

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	LILIANA ESTRADA GIRALDO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
LLAMADO EN GARANTÍA	MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.
RADICACIÓN	76001310501320190060901
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 MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 152

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días de marzo 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 las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 14 del 26 de enero de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 105

I. ANTECEDENTES

LILIANA ESTRADA GIRALDO 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** -, a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**– en adelante **COLFONDOS** -, **SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **SKANDIA** - 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 nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN** y se ordene a **PORVENIR** trasladar a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual.

PORVENIR, PROTECCIÓN, COLFONDOS y SKANDIA se opusieron a las pretensiones indicando que le ofrecieron a la demandante la asesoría y la información de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado y ella tomó la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria. **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.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. se opuso a la vinculación como llamado en garantía que realizó SKANDIA, en virtud del contrato de seguro previsional, puesto que la relación que existió con Skandia se circunscribió a la expedición de un contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, en virtud del cual la sociedad asegurada, para garantizar la existencia de ese contrato de seguro y como contraprestación del riesgo que asumió, debió pagar un valor por concepto de prima, pero en modo alguno guarda relación con el objeto pretendido en la demanda, el cual es la solicitud de declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual realizada por Liliana Estrada Giraldo.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“1.- DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la señora LILIANA ESTRADA GIRALDO al RAIS en todo tiempo, a través de todas las entidades de este régimen por las razones manifestadas en la parte motiva de esta sentencia.

2.- CONDENAR a PORVENIR S.A., a transferir todos los recursos económicos de la demandante LILIANA ESTRADA GIRALDO, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES con rendimientos, intereses si a ello hubiere lugar, quien los deberá recibir y contabilizar sin solución de continuidad.(...)

3.- CONSULTAR la presente sentencia con el HTS por resultar adversa a una entidad de la cual el estado colombiano es garante.

4.- CONDENAR en costas parciales a las demandadas en favor del demandante, las cuales se tasarán a través de secretaría, desde ya se fijan como agencias en derecho la suma de MEDIO S.M.L.M.V. de forma INDEPENDIENTE, a cargo de COLPENSIONES PROTECCION y COLFONDOS; para OLD MUTUAL y SKANDIA 1SMLMV a cargo de cada una de ellas. Se absuelve a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de todas y

cada una de las pretensiones aquí incoadas por la señora demandante.”

II. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que su representada no ha tenido participación dentro del traslado que inicialmente realizó la demandante, al decretar la ineficacia se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política. Que la Corte Constitucional en la Sentencia SU130 de 2013 manifestó que únicamente los afiliados con 15 años de servicios o más cotizados al 1° de abril de 1994 pueden retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo, en la sentencia T-489 de 2010 expresó: *“la sala se permite destacar dos ideas relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional, entre ellas son: a) la primera tiene que ver con la protección del capital pensional, no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les falta ya menos de diez años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema; b) desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entrar a beneficiarse a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras, y no por ellas mismas.*

Así las cosas, la sostenibilidad financiera del sistema representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, en tanto que este tipo de procesos generan una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional a desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se

cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados” .

Aduce que la demandante se encuentra inmersa en las prohibiciones establecidas en el art. 2° de la Ley 797 de 2003 al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Solicita que en el caso de confirmar la declaratoria de la ineficacia del traslado, que en observancia al principio del equilibrio financiero, que además de los recursos de la cuenta de ahorro individual se ordene también la devolución de cuotas de administración de conformidad a las sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

La apoderada judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia, indica que cumplió con el deber de brindar a la demandante una información verbal, conforme le era exigido al momento en que se afilió a su representada, brindándosele las herramientas para tomar la decisión libre y voluntaria, tanto que fue la demandante quien buscó en las diferentes administradoras la que le brindaba una mejor rentabilidad financiera o mejores beneficios, realizando aportes voluntarios para pensionarse con un mayor valor; que la demandante no hizo uso del derecho de retracto, pese a que se le informó de esa posibilidad.

Solicita que no se acceda a lo que pidió Colpensiones en el recurso de apelación, que se devuelvan los gastos de administración porque corresponden a una contraprestación por la buena gestión de su representada, ni las sumas adicionales de la aseguradora para seguros previsionales.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, SKANDIA, COLPENSIONES

y MAPFRE VIDA COLOMBIA SEGUROS S.A. reiteraron los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve los recursos presentados por PORVENIR y COLPENSIONES, así como la consulta a su favor, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** –al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA** y **PORVENIR**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia.

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 **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 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, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

En cuanto a la valoración del formulario de afiliación como prueba de la libertad de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL367-2022 expresó que,

“Ahora bien, tampoco le asiste razón a la parte opositora que el formulario de afiliación suscrito por la petente era prueba suficiente de la voluntad libre e informada del afiliado, ya que se trata de un formato preimpreso que no ofrece ninguna certeza que en realidad se haya efectuado una explicación completa, clara, eficaz y de acuerdo a las condiciones de la persona que pretendía efectuar el traslado, lo que se observa es un forma genérica, que no puede llevar a concluir que se haya brindado una asesoría oportuna, clara y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, que existían para su caso particular, al momento de optar por cualquiera de los dos.

Además, no podía entender que la actora expresó su voluntad de afiliación en el formulario. Al respecto se ha de precisar que el

simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021) en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017). Los formularios de afiliación son unos documentos proforma que nada diferente a lo allí señalado indican y, con base en los cuales no se puede estimar que signifiquen de contera entonces, el cumplimiento de la orientación necesaria, requerida y exigida por Ley para que la actora tuviese un conocimiento suficiente, pleno y veraz para poder comprender la conveniencia o no de su traslado.”

PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR no demostraron que cumplieron con el deber, que les asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, 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 el juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por **PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR**.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alegan **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales ni los rendimientos, esta Sala indica 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, las sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración, el porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1.746 del C.C., así lo dispuso la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL4360 de 2019 en la que rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* en los siguientes términos:

“(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que:

“(…) También se ha dicho por la Sala que una vez declarada la ineficacia, debe la administradora de pensiones trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, las comisiones y los gastos de administración, entre otros, puesto que si las cosas vuelven a su estado anterior la administradora tiene que asumir los deterioros al bien administrado, pues la ineficacia se declara como consecuencia de la conducta de la administradora por omitir brindar la información al afiliado, quien tenía derecho a recibirla, no de forma gratuita, sino con cargo a la comisión de administración de aportes obligatorios y comisiones por buen desempeño que se descuentan de la cotización y de su ahorro.

Por tal razón, en tratándose de ineficacia, esta Corte ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del RAIS a devolver todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual del titular, ya que los mismos serán utilizados para la financiación de la prestación pensional a que tenga derecho el afiliado en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones del saldo de la cuenta individual y sus rendimientos, los valores cobrados por los fondos privados a título de comisiones gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos tres últimos en forma indexada (CSJ SL4025-2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL4175-2021), pues, desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones (CSJ SL2877-2020). (...)”

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante ni a COLPENSIONES, porque su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioros en el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por tanto, devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, es procedente, debido a la pérdida del poder adquisitivo de esos valores ocasionados por el paso del tiempo, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en las sentencias SL4964-2018, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3207-2020, SL4025-2021, SL4062-2021, SL4175-2021, SL367-2022, entre otras.

Por lo expuesto, le asiste razón a la apoderada de Colpensiones en el sentido de adicionar la sentencia en consideración a que el Juez solo ordenó la devolución de aportes, rendimientos e intereses, por tanto se ordenará a PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR

que reintegre a COLPENSIONES los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante. Lo anterior con fundamento en lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1421-2019, SL3901-2020, SL367-2022.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos nacen del derecho a la ineficacia del traslado, en la sentencia SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, se reiteró que,

*“Hay que mencionar que, así como la acción para obtener la declaración de ineficacia es imprescriptible, **los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación.** En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del*

tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable)."

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho. Se exonera a **COLPENSIONES** de la condena en costas por haber prosperado parcialmente el recurso.

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 la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 14 del 26 de enero de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que **PROTECCIÓN, COLFONDOS, SKANDIA y PORVENIR** deberán reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, previstos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, debidamente indexados con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administraron la cuenta de ahorro individual de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

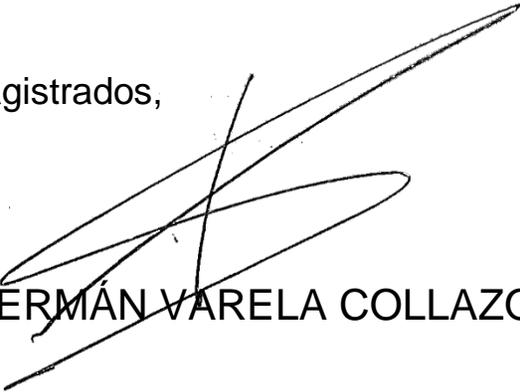
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y a favor de **LILIANA ESTRADA GIRALDO**. Inclúyase en la liquidación de

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/36>

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

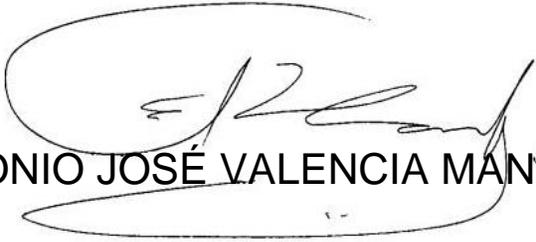
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

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: **d2911451565f5ee2a832cfcb993372b1524f98ae471419c609f890baabb4e8eb**

Documento generado en 01/04/2022 02:18:44 AM

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