

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	ELSA STELLA ACOSTA 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 PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310501320210030701
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 187

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días de abril 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 resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de COLPENSIONES, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 44 del 2 de marzo de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 132

I. ANTECEDENTES

ELSA STELLA ACOSTA ORTEGA demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN S.A.-** y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.-**, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación a **PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A.**, y se les ordene el traslado a **COLPENSIONES** de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demandante; adujo 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 a la 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 de 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 que, no existe debilidad negocial del afiliado o 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.

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.

PROTECCIÓN S.A. se opone a las pretensiones e indica que sus actuaciones han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, brindando una asesoría completa y comprensible a la demandante con base en la normatividad vigente al momento en que se realizó el traslado, por lo cual ella se afilió de forma libre y voluntaria, como se prueba con el formulario de afiliación, por lo cual, rechaza los hechos de la demanda en los que se indica que existió un error de hecho en el consentimiento de la demandante al momento de suscribir la afiliación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“1 declarar no probadas las excepciones propuestas por PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. por las razones manifestadas en precedencia.

2 declarar la ineficacia de la afiliación ELSA STELLA ACOSTA ORTEGA a régimen de ahorro individual con solidaridad en cualquier tiempo en principio atra vez(sic) de PORVENIR S.A. después antes PROTECCIÓN S.A. conforme a lo manifestado en la parte considerativa de esta sentencia.

3 Se condena a PROTECCIÓN S.A. fondo actual a transferir a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante ELSA STELLA ACOSTA ORTEGA o que sean imputables a esta cotizaciones, rendimientos, intereses, frutos si sobre ellos hubo alguno al igual que la información específica sobre periodos de cotización, ciclos de cotización e ingresos bases de cotización en todo el régimen individual con solidaridad es decir teniendo en cuenta la información transmitida o trasladada a ella por PORVENIR S.A. correspondiendo a COLPENSIONES recibir tales recursos económicos tal información contabilizarla sin solución de continuidad en favor de la demandantes ELSA STELLA ACOSTA ORTEGA en su historia laboral como semanas cotizadas teniendo en cuenta los datos que le pase PROTECCIÓN S.A.

4 Se consulta la presente sentencia antes el Honorable Tribunal Superior Distrital de Cali Sala Laboral por ser adversa a una entidad de seguridad social oficial de la cual el estado es garante.

5 Se condena en cosas tanto a COLPESIONES a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. respecto a la exigencia en derecho corresponderá medio SMLMV a PORVENIR S.A. 1 SMLMV a cargo de COLPENSIONES más otro SMLMV a cargo de PROTECCIÓN S.A., es decir la agencia en derecho son 2.5 SMLMV en la forma distribuida y en favor de la demandante.”

II. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que la declaratoria de la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados; que la Corte Constitucional en sentencia C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010; indica que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a ese esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría; que en la sentencia SU-130 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.

Indica que 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 genera 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.

Señala que a la demandante le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito mínimo para pensionarse por lo que la decisión del juez contraría lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

Pide 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 y los rendimientos, que se ordene también a la devolución de las comisiones de administración, los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima.

Solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada o en su defecto se condene al fondo privado la devolución de lo antes indicado.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, la apoderada judicial de COLPENSIONES insiste en los argumentos expuestos en el juzgado;

por su parte, PORVENIR S.A. solicita que se confirme la sentencia en la que no se condenó a su representada.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve el recurso presentado y la consulta a favor de COLPENSIONES, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** –a **PROTECCIÓN** S.A. y a **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia, si se debe revocar la condena en costas a COLPENSIONES, y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, las AFP 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.

PORVENIR S.A. y **PROTECCIÓN S.A.** 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.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros,

sumas de la aseguradora, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

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

[...]

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

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.’”

Lo anterior, también lo señaló en la sentencia SL4360 de 2019 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).

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, y en virtud de la consulta a favor de Colpensiones, quien deberá asumir en el futuro las prestaciones a que haya lugar a favor de la demandante y, por tanto contar con el capital integro que ella generó mientras estuvo en el RAIS, se adiciona el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN que devuelva a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, cotizaciones, bonos pensionales si los hubiera, 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. De igual manera, se ordena a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. que devuelva a COLPENSIONES los gastos de administración con cargo a sus propios patrimonios.

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 las demandadas implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual no está llamado a prosperar la excepción.

Se mantiene la condena en costas impuesta a COLPENSIONES por cuanto son objetivas y dicha entidad fue vencida en el presente proceso, pues se opuso a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y 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.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 44 del 2 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN que devuelva a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por ELSA STELLA ACOSTA ORTEGA, 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. De igual manera, se ordena a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. que devuelvan a COLPENSIONES los gastos de administración con cargo a sus propios patrimonios, durante el tiempo de administración de la cuenta de ahorro de la demandante.

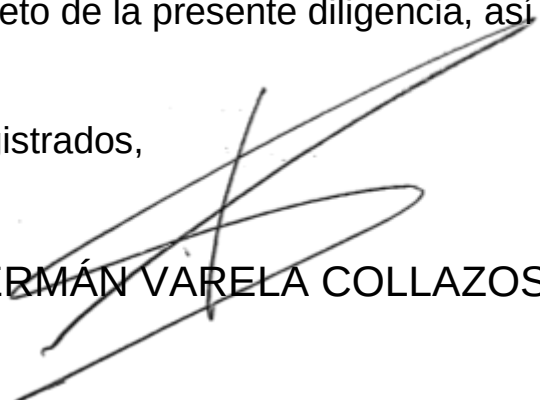
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y a favor de **ELSA STELLA ACOSTA ORTEGA**. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

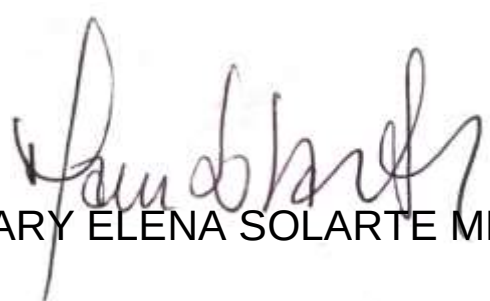
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>.

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