

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	PATRICIA SALINAS ORTIZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN	76001310500520200008501
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. 217

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días de mayo 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. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 499 del 1° de diciembre de

2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 156

I. ANTECEDENTES

PATRICIA SALINAS ORTIZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – PORVENIR-** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS** - con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó al RAIS y se ordene a las AFP que devuelvan a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

COLFONDOS S.A. se allanó a las pretensiones.

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

M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS

Radicación: 760013105-005-2020-00085-01

Interno: 19083

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.

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.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de PATRICIA SALINAS ORTIZ, a las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A
En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin Solución de continuidad.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PORVENIR S.A. y a COLFONDOS, a trasladar a COLPENSIONES EICE, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante PATRICIA SALINAS ORTIZ, junto con sus rendimientos. De igual

modo, las AFP antes citada, 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 **AFP** den cumplimiento a lo anterior, proceda a recibir los dineros, a convalidar la historia laboral de aportes pensionales en favor de la demandante **PATRICIA SALINAS ORTIZ** 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 S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES** – en la suma de un (1) smmlv a favor de la 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. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación, indica que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma, y esto lo dice porque la normatividad que le era exigible a su representada era la vigente a la fecha en se afilió la demandante en el año 1999, con la cual cumplió. Refuta que solo a partir del 1° de junio de 2010 que se considera obligatorio informar por escrito los beneficios puntuales de cada régimen y el monto de la pensión; por tanto, que a la demandante se le brindó una información verbal, de forma completa, transparente y veraz, trasladándose de forma voluntaria, libre e informada, lo cual quedó plasmado en el formulario de afiliación.

Aduce que las acciones para solicitar la ineficacia nulidad de la afiliación se encuentran prescritas en los términos de los artículos 1750 del C.C. 151 C.P.T.S.S. 488 del C.S.T..

En cuanto a la devolución de los gatos de administración, dijo que no es procedente, según lo establecido en el art. 1746 del C.C. sobre las restituciones mutuas, entendiéndose con base en ello que, los gastos de administración son las pérdidas, o el deterioro que cada una de las partes debe asumir.

Alega que tampoco es dable devolver las primas de seguros provisionales, porque no se encuentran en poder de su representada, al haberlas pagado a las aseguradoras y que el amparo al riesgo ya se hizo efectivo. De igual manera, el porcentaje de garantía de pensión mínima indica que se encuentra extinto.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia, indica que la demandante se encuentran válidamente afiliada al régimen de ahorro individual, como lo muestra la firma de los formularios de afiliación, sin mostrar inconformidad en la administración de sus cotizaciones, por el contrario, que se trasladó de un fondo a otro, reafirmando con ello su decisión de permanecer en el RAIS.

En cuanto al deber de información indica que tanto las administradoras como la afiliada están en el deber de proporcionarla y gestionarla, respectivamente. Aduce que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado judicial de **COLFONDOS** presentó el recurso de apelación y solicita que se revoque las condenas que le fueron impuestas a su representada, de trasladar los dineros existentes en la

cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales, indexación y garantía de pensión mínima y bonos pensionales, y al pago de costas procesales.

Indica que no es procedente que a su representada se le condene a devolver los gastos de administración, porque el descuento que realizó tiene fundamento legal y cumplió con el fin de generar rendimientos a favor de la demandante; que en virtud del artículo 1746 del C.C. que refiere a las restituciones mutuas, los gastos de administración son un fruto que debe permanecer en su representada por cuanto al demandante se obtendría el como fruto los rendimientos.

En cuanto a la devolución de lo pagado por póliza previsional, aduce que los descuentos por estos conceptos están autorizados en la ley, y que la póliza cubre los riesgos por invalidez y sobrevivencia, no teniendo nada que ver con la pensión de vejez.

Solicita que se revoque la condena en costas, porque la decisión se basa en posiciones jurisprudenciales, y su representada actuó de buena fe, conforme a las normas exigibles al momento del traslado.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, las apoderadas judiciales de COLPENSIONES, PORVENIR y de la parte DEMADNANTE presentaron sus alegatos en los que insisten 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 de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las

M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS

Radicación: 760013105-005-2020-00085-01

Interno: 19083

consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS de devolver las mermas del capital por descuento de los gastos de administración, rendimientos, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y sumas adicionales de la aseguradora; si prospera la excepción de prescripción; y si se debe revocar la condena en costas.

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 y **COLFONDOS** 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 la 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.

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 de devolver los gastos de administración, y al sentir de las AFP que indican que en este caso 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, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, 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.

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.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS y COLPENSIONES a favor de PATRICIA SALINAS ORTIZ. 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. 499 del 1° de diciembre de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

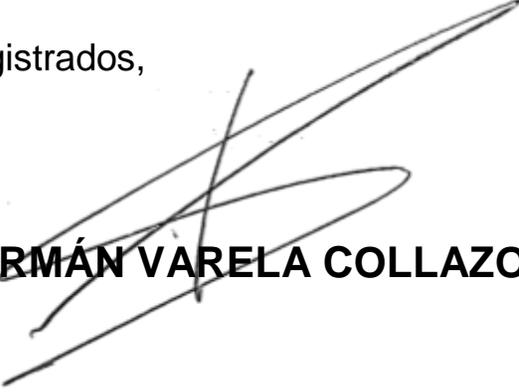
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A. COLFONDOS** y **COLPENSIONES** a favor de **PATRICIA SALINAS ORTIZ**. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

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

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: **6a31ec6f2fc73d0e7661e8c35bc5c3572686f6b2cb0bd329a6579f9f60ee1b22**

Documento generado en 31/05/2022 10:47:22 PM

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