

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	MARÍA ALEXANDRA DÍAZ ACOSTA
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	76001310501620190044701
TEMA	INEFICACIA 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. 293

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de junio de 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 13 de la Ley 2213 del 13 junio de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la DEMANDANTE y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de ésta en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 186 del 7 de octubre de 2020,

proferida de manera virtual por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada DIEGO FERNANDO HERNÁNDEZ MONTERO en calidad de apoderado sustituto de COLPENSIONES, según el memorial poder allegado con los alegatos el 17 de junio de 2022.

SENTENCIA No. 214

I. ANTECEDENTES

MARÍA ALEXANDRA DÍAZ ACOSTA demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - 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 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, bonos pensionales, gastos de administración y los rendimientos.

PROTECCIÓN S.A. se opone a las pretensiones indicando que le ofreció a la demandante la asesoría de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado.

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

2

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; que por lo tanto, 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 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; que se encuentra inmerso

en la prohibición leal establecida en el art. 2 de la Ley 797 de 2003 por contar con la edad requerida para pensionarse por vejez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandas

SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del demandante con SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Aceptar el regreso de MARIA ALEXANDRA DIAZ ACOSTA al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: En consecuencia del numeral anterior ORDENAR al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados a la cuenta de ahorro individual de MARIA ALEXANDRA DIAZ ACOSTA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte vencida en juicio al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., para lo cual se tasan como agencias en derecho la suma de DOS SMLMV para C/U de las demandadas. Inclúyanse en la respectiva liquidación.

SEXTO: Se ordena enviar en consulta por ser adverso a las demandadas Recurso De Apelación.”

II. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación, indica que en la sentencia no se indicó que las administradoras tienen el deber de reintegrar a su representada todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, los rendimientos, el porcentaje del fondo de

garantía de pensión mínima, gastos de administración, bonos pensionales y el porcentaje de los seguros previsionales.

La apoderada judicial de la parte **DEMANDANTE** presenta el recurso de apelación con el que solicita que se condene en costas a COLPENSIONES, en consideración a que se opuso a las pretensiones y salió vencida en juicio, de conformidad al art. 365 del CGP..

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, PORVENIR y COLPENSIONES insistieron en los argumentos presentados en el juzgado de 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.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia, si se debe revocar la condena en costas procesales y, si prospera o no la excepción de prescripción.

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 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. no demostró que cumplió con el deber, que le 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.

La ineficacia 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., y teniendo en cuenta que la demandante se trasladó inicialmente a PROTECCIÓN, esta deberá devolver los gastos de administración que se generaron durante el tiempo que la demandante permaneció afiliada teniendo en cuenta el historial de afiliaciones que obra en folio 141 del Pdf 1 del cuaderno digital de primera instancia, 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, para adicionarlo en ese sentido.

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.

Le asiste razón a la apoderada judicial de la parte actora cuando solicita que se condene en costa 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. Por tanto, se adiciona el numeral quinto de la sentencia para condenar en costas a COLPENSIONES.

De conformidad a lo expuesto se modifica la sentencia consultada y apelada. Sin costas en esta instancia porque los recursos de apelación presentado por COLPENSIONES y la demandante prosperaron.

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. 186 del 7 de octubre de 2020, 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 MARÍA ALEXANDRA DÍAZ ACOSTA 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.. De igual manera, se ordena a PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración que se generaron durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada teniendo en cuenta el historial de afiliaciones que obra en folio 141 del Pdf 1 del cuaderno digital de primera instancia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia, en el sentido de condenar en primera instancia en costas a **COLPENSIONES** a favor de la parte demandante.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

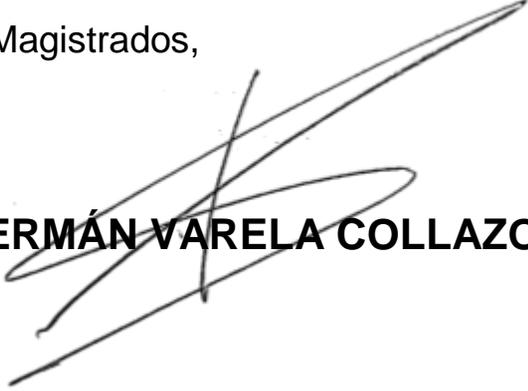
CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web

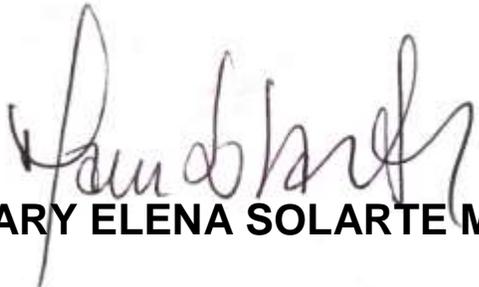
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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: **add97e3db7441357d3c1939c5b3d2050f1a55474118df0e681c12c21b03af84d**

Documento generado en 01/07/2022 03:46:18 AM

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