

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	NORA LIGIA QUINTERO GARCÍA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR –
RADICACIÓN	76001310500220200047401
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA Y ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 547

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de 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 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 180 del 2 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 437

I. ANTECEDENTES

NORA LIGIA QUINTERO GARCÍA demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR** -, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad porque **PORVENIR** no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado a **COLPENSIONES** junto con los aportes, rendimientos.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y expone que el traslado que realizó fue libre y voluntario sin que se demuestre el vicio en el consentimiento alegado en la demanda; que la demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse. **PORVENIR** se opone a las pretensiones y aduce que brindó la información completa a la demandante, quien se afilió de manera libre y voluntaria, lo cual quedó consignado en la solicitud de vinculación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las administradoras de fondo de pensiones COLPENSIONES y PORVENIR SA
SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora NORA LIGIA QUINTERO GARCIA con la AFP PORVENIR SA. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de NORA LIGIA QUINTERO GARCIA al régimen de prima media con prestación definida. CUARTO: ORDENAR a la AFP PORVENIR SA, una vez ejecutoriada esta providencia, para que proceda al*

traslado de todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual de NORA LIGIA QUINTERO GARCIA a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora y demás dinero que hayan sido ingresados en la cuenta de ahorro individual de la reclamante en su periodo de afiliación. QUINTO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio. Se tasan en la suma de 2.000.000 para cada una de las entidades demandadas.”

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación; indicó que la ineficacia de traslado no procede en consideración a que la demandante no cumple con las condiciones jurisprudenciales vertidas en las sentencias C-789 de 2002, SU 062 de 2010, SU 130 de 2013, además que el actor le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional, por lo cual, se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse de régimen según lo establecido en el art. 13 de la Ley 100 de 1993; que la demandante realizó actos de relacionamiento que convalidaron la voluntad de permanecer en **PORVENIR**.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados judiciales de las partes reiteraron los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Se resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A..** En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la condena en costas a cargo de **COLPENSIONES** 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 **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, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

PORVENIR 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, ni que tal voluntad queda ratificada con la permanencia en el fondo de pensiones o con el traslado entre regímenes, pues el consentimiento informado se da es en actos previos al traslado, lo cual no se demostró.

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.

En cuanto a lo que alega la apoderada judicial de COLPENSIONES que se debe aplicar la jurisprudencia que regula las condiciones para que proceda el traslado de régimen, no es admisible, pues en este caso no se está definiendo el derecho a trasladarse de régimen, sino la eficacia o no del traslado que realizó el actor por contar o no con el consentimiento informado, lo cual se define con base en otros criterios jurisprudenciales, como quedó expuesto anteriormente.

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, **PORVENIR** deberá devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio debidamente indexados, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, 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.’”

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se confirma el numeral cuarto de la sentencia apelada y se adiciona en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. además de devolver, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, también deberán retornar todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se

hubieren causado; el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con cargo a su propio patrimonio y de forma indexada.

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.

Se confirma la condena en costas por ser objetiva, y está a cargo de la parte vencida en juicio, por tanto, al no haberse dado prosperidad a la oposición que presentó COLPENSIONES, procede su condena.

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 parte actora, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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 cuarto de la sentencia No. 180 del 2 de septiembre de 2022, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a devolver, junto con todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, ordenados en ese numeral, todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, sumas adicionales de la aseguradora y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, éstos últimos con cargo a su propio patrimonio e indexados.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** y a favor de la parte actora, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

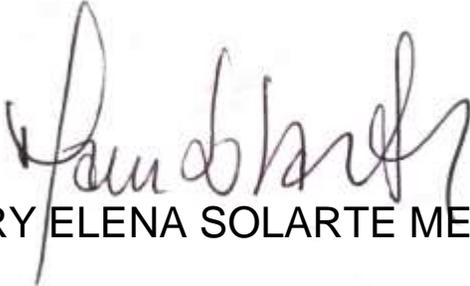
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web:<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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

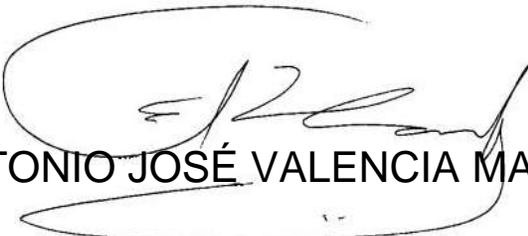
Intervinieron los Magistrados,



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: **294ef895e65b7966cad475ca3f71664da495ec83d281f505f963e0962c087e16**

Documento generado en 01/12/2022 03:36:51 AM

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