REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	FRAY ALONSO VALENZUELA ORDOÑEZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
LITISCONSORTE	ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310501720200036101
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 APELADA Y CONSULTADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 41

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), 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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de ésta en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 117 del 3 de

noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 22

I. ANTECEDENTES

FRAY ALONSO VALENZUELA ORDOÑEZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.** – y a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. porque no cumplieron con el deber de información al momento del traslado, y se les ordene trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses.

COLPENSIONES indica que el 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.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la parte 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 parte 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 parte 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 parte demandante; que a ésta 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 parte 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 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.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones e indica que brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

PROTECCIÓN S.A se opuso a las pretensiones e indica que al momento del traslado de régimen entregó a FRAY ALONSO VALENZUELA ORDOÑEZ, toda la información que este requería para que tomará una

decisión consciente y libre de toda coacción, respecto del traslado de régimen pensional del de prima media, administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado por PROTECCIÓN S.A., actuando de manera profesional, transparente y prudente en contraposición a lo afirmado por FRAY ALONSO VALENZUELA ORDOÑEZ, siendo este, quien decidió de manera libre y espontánea, con consentimiento informado, su traslado de régimen pensional y no por la presunta falta de información por los funcionarios de PROTECCIÓN S.A. al momento de traslado de régimen pensional

El **MINISTERIO PÚBLICO** intervino para indicar que las Administradoras de fondos de pensiones tienen la carga de probar si cumplió con el deber de información con transparencia, de forma completa y comprensible, dando cumplimiento a los requisitos legales y jurisprudenciales, lo que determina la eficacia o no del traslado realizado por la demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali resolvió

> *"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIONS.A.*
> *SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor FRAY ALONSO VALENZUELA ORDOÑEZ, de condiciones civiles conocidas en autos, con PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCION S.A.., retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.*
> *TERCERO: CONDENAR a PORVENIR COLFONDOS y PROTECCION S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora FRAY ALONSO*

VALENZUELA ORDOÑEZ, de condiciones civiles conocidas en el plenario, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, los valores cobrados por los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones de primas de seguros, incluidos los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, sumas estas que deberán ser canceladas de manera indexadas y por todo el tiempo que permaneció afiliado el actor con el RAIS.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor FRAY ALONSO VALENZUELA ORDOÑEZ de condiciones civiles conocidas en el plenario, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual.

QUINTO: CONDENAR a PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a favor del demandante.

SEXTO: DISPONER la remisión de este expediente ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali EN CONSULTA – Sala de Decisión Laboral- al haberse impuesto condena en contra de COLPENSIONES.

SEPTIMO: DISPONER el envío del oficio ante el MINISTERIO DEL TRABAJO y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO informando sobre la remisión de este expediente en Consulta ante el Superior."

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia; aduce que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen en cualquier tiempo, al no ser beneficiario del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley 100 de 1993 y le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional; dice que no se demostró que los contratos de afiliación suscritos por el actor carezcan de eficacia o validez jurídica, sin que sea argumento suficiente para ello, que las mesadas pensionales en un régimen y otro sean diferentes, ni la expectativa de un mayor valor de la mesada pensional, pues las condiciones entre un régimen y otro están

reguladas y el actor conociendo esto decidió suscribir el formulario de afiliación; solicita que se revoque la condena en costas.

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia; indica que su representada cumplió con el deber de información de manera verbal que quedó demostrado con el formulario de afiliación, documento que era el legalmente exigido; que el demandante se trasladó entre varios regímenes, ha permanecido ahí, ha realizado aportes a través de varios empleados, por lo que considera que este proceso es un desgaste judicial, porque el actor siempre ha estado conforme con el régimen de ahorro individual; que los requisitos de realizar proyecciones pensionales no era posible cumplir para la época del traslado ni exigible.

Señala que no procede la orden de devolver gastos de administración, porque los ha descontado de manera legal y cumplieron su finalidad al generar rendimientos; que se debe tener en cuenta las restituciones mutuas para no generar un detrimento patrimonial de su representada y un enriquecimiento sin justa causa por Colpensiones; tampoco procede la devolución de sumas adicionales de la aseguradora, porque fueron empleadas para el fin provisto entregadas por efecto del contrato de seguro a favor de una aseguradora.

Dice que los rendimientos llevan implícita la indexación, por lo cual, no procede la condena por indexación para no generar un doble pago. Solicita que se declare probada la excepción de prescripción.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada judicial de **COLPENSIONES** solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas en la demanda, de igual

forma solicitó que en cualquier sentido que se profiera la sentencia de segunda instancia, se abstenga de la imposición de costas procesales, por cuanto su representada ha actuado conforme a derecho, y en últimas no tuvo nada que ver, con la decisión del demandante de trasladarse de régimen y de permanecer en el RAIS hasta cuando excedió el término legal para regresar al RPM administrado por Colpensiones.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte **DEMANDANTE** solicitó que se revoque la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es: si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN; en caso afirmativo, cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe revocar la condena en costas impuesta a las demandadas y si opera o no la excepción de prescripción.

Contrario a lo señalado por **PORVENIR**, respecto del **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 la afiliada a pesar de ser abogada 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 a la afiliada y, por tanto, lo que podría perjudicarle, 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.

En tal sentido, el deber de información no se suple ni 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 si bien se acredita la firma del formulario, no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al 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, Sl19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

COLFONDOS S.A., PORVENIR y **PROTECCIÓN** no demostraron que cumplieron con el deber, que le asiste desde su fundación de informar al 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte los argumentos del apoderado de **PORVENIR** con el que indica que el acto de afiliación fue voluntario y libre porque existe el formulario de afiliación, que el demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las hizo, que no buscó información adicional; la razón por la que no se comparten, es porque la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está en cabeza de la administradoras de pensiones y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Así las cosas, la Sala considera que el Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del 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, esta Sala indica que 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, 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, es procedente devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, 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 tanto, se confirma la sentencia apelada y consultada.

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.

Se mantiene la condena en costas impuestas a PORVENIR S.A. y COLPENSIONES por cuanto son objetivas y dichas entidades fueron vencidas en el presente proceso, pues se opusieron 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 la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la parte actora, inclúyanse en la liquidación de cada una, 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: CONFIRMAR la sentencia No. 117 del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

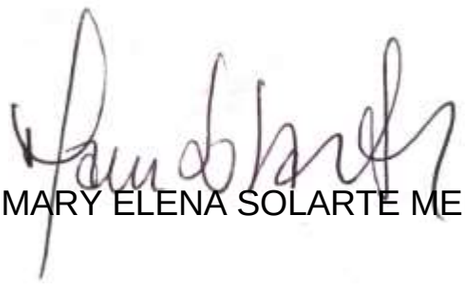
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora, inclúyanse en la liquidación de cada una, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

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/sentencias.

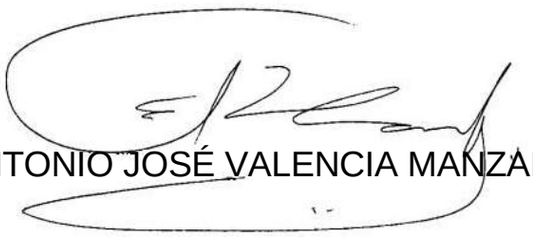
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

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: **af5a9a2bab56b5f64db4a8cc6ac946f2ea62e83d698c4051c6ef200b0d970e39**

Documento generado en 31/01/2023 10:53:00 PM

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