

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	YOLIMA CASTILLO CRUZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – en adelante COLPENSIONES SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.- en adelante PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS – en adelante COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN	76001310500620210042601
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 145

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de marzo 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 art. 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES, así como la consulta a su favor de la sentencia condenatoria No. 22 del 24 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 95

I. ANTECEDENTES

YOLIMA CASTILLO CRUZ demanda a **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación a **COLFONDOS S.A.**, porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene a **PORVENIR S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que no tuvo injerencia en el traslado que realizó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual se realizó de manera libre y voluntaria; que se encuentra a menos de diez años para adquirir el derecho pensional pues actualmente cuenta con 58 años, y adicional a ello no cuenta con 15 años de servicio o su equivalente en semanas a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994, por no ser beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual no existen razones de hecho y de derecho que permitan acceder a las pretensiones del demandante.

Solicita que en el evento de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se ordene a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** reintegrarle la totalidad de la cotización, es decir: i) Recursos cuenta individual de ahorro, ii) Cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) Rendimientos, iv) Anulación de Bonos Pensionales v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales y gastos de administración, principio de sostenibilidad financiera: la financiación y la fiscalidad de la seguridad social La gestión de la seguridad social impone el que deba realizarse a través de una institucionalidad compleja, ordenada como

sistema, entre cuyos elementos estructurales está el de los fondos económicos, con lo que se han de proveer los recursos indispensables para cubrir el costo de las prestaciones de protección a los afiliados. Por lo tanto es aconsejable revisar en cada caso lo que perjudicaría al sistema de pensiones. Lo anterior, en concordancia con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esto es, las sentencias CSJ SL1421-2019, CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989.

Formuló las excepciones denominadas inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada.

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, 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.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones, porque no omitió entregar la información que la demandante requería para que tomara una decisión libre y voluntaria lo cual quedó expresado en el formulario de afiliación; que su actuar fue profesional y transparente, por lo que rechaza que la demandante después de tantos años de estar afiliado a RAIS les endilgue y traslade la responsabilidad de su propia decisión; que sí pusieron en conocimiento de ella el derecho al retracto.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“(….) **Primero.** - DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora YOLIMA CASTILLO CRUZ con C.C.29.399.969 del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado actualmente por PORVENIR el cual tuvo lugar a partir del 1º de enero de 1995.*

***Segundo.** - IMPONER a COLPENSIONES la obligación de aceptar el traslado sin solución de continuidad, ni cargas adicionales a la Afiliada.*

***Tercero.** - ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la Demandante y el capital que tenga en su haber en todas sus modalidades tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.*

Cuarto. - *NO DAR PROSPERIDAD a las excepciones de fondo propuestas por las Demandadas.*

Quinto. - *ABSOLVER a las Demandadas de todas las demás pretensiones incoadas en su contra por la Actora.*

Sexto. - *SINO FUERE APELADO este fallo, consúltese ante el Superior*

Séptimo. - *CONDENAR a PORVENIR y a COLFONDOS a pagar el equivalente a DOS SMLMV a título de AGENCIAS EN DERECHO. (...) ”*

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpone el recurso de apelación en contra numeral tercero de la sentencia en el sentido de solicitar que se adicione la orden a PORVENIR S.A. de devolverle la prima de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima debidamente indexado y con cargo a los propios recursos.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial insiste en los argumentos que fueron expuestos en el Juzgado y solicita que se confirme la sentencia.

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El apoderado judicial reitera los argumentos expuesto en el Juzgado, y solicita adicionar al numeral Tercero de la Sentencia, los pagos por concepto de, primas de seguros previsionales, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como la obligación de cancelar y remitir al emisor

cualquier bono pensional a favor de la señora Yolima Castillo Cruz, y la devolución de las cotizaciones voluntarias a la demandante, si se hicieron; todas las sumas a retornar con cargo a su propio patrimonio, acorde a los respectivos periodos de vinculación con las AFP en las cuales estuvo afiliada; que las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos.

ALEGATOS DE YOLIMA CASTILLO CRUZ

El apoderado judicial de la actora solicita que se confirme la sentencia de instancia en todas sus partes; señala que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba de demostrar que brindó la información clara, completa y precisa al momento del traslado de la demandante.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alegan 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.

COLFONDOS S.A. y **PORVENIR 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 sobre 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 del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la cual se da tanto para el traslado inicial efectuado en COLFONDOS S.A. como el traslado posterior que realizó la demandante a PORVENIR S.A..

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado está Sala aplica las reglas que para el efecto ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, la cual ha sido reiterada de manera pacífica, entre otras, en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019, en el siguiente tenor:

“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.’” Resalto fuera del texto original

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). Resalto fuera del texto original*

Y en la sentencia SL367-2022 indicó que los gastos de administración, los aportes de pensión al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los pagos de seguros de primas previsionales se deben devolver de manera indexada.

“(…) 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). (...)"

Así que, **PORVENIR S.A.** al omitir el deber legal de información para con la demandante deberá devolver el capital total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados para seguros previsionales de invalidez y muerte, el porcentaje para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, estos tres últimos indexados y con cargo al patrimonio propio. De igual manera, **COLFONDOS S.A.** deberá devolver a COLPENSIONES los valores utilizados para seguros previsionales de invalidez y muerte, el porcentaje para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, estos tres últimos indexados y con cargo al patrimonio propio, durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada según el historial de vinculaciones visible a folio 63 del PDF13.

Para la conformación de la historia laboral, PORVENIR S.A. deberá trasladar la información de los valores pagados mes a mes por la demandante, toda la información que reposa en el historia laboral incluido el tiempo en que ella permaneció en COLFONDOS, y COLPENSIONES una vez reciba los dineros e información completa deberá expedir la historia laboral actualizada de la demandante sin inconsistencias y en la

que se observen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM.

Teniendo en cuenta lo anterior se adiciona el numeral tercero de 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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada, y se precisa el numeral tercero de la sentencia. **SIN COSTAS** en esta instancia por haber prosperado el recurso que presentó COLPENSIONES.

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: PRECISAR el numeral primero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 22 del 24 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que el efecto de la ineficacia se surte respecto al traslado que realizó la demandante a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**.

SEGUNDO: PRECISAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 22 del 24 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así:

ORDENAR a **PORVENIR S.A.** devolver el capital total de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo las cotizaciones,

rendimientos financieros, -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados para seguros previsionales de invalidez y muerte, el porcentaje destinado para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, estos tres últimos indexados y con cargo a su patrimonio propio.

ORDENAR a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores utilizados para seguros previsionales de invalidez y muerte, el porcentaje para el fondo de garantía de pensión mínima y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, de manera indexada y con cargo al patrimonio propio, durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada según el historial de vinculaciones visible a folio 63 del PDF13.

ORDENAR a PORVENIR S.A. que para la conformación de la historia laboral de la demandante deberá trasladar la información de los valores pagados mes a mes por ella, la información completa y detallada que reposa en el historia laboral incluido el tiempo en que ella permaneció en COLFONDOS, y se ordena a COLPENSIONES a que una vez reciba los dineros e información completa deberá expedir la historia laboral actualizada de la demandante sin inconsistencias y en la que se observen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM.

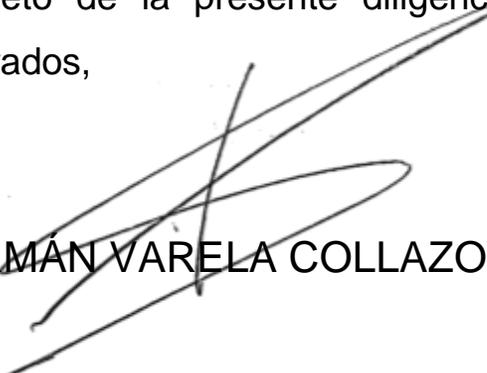
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no aparecer causadas.

Esta providencia será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>, y se notifica por Edicto

que fijará la Secretaría de la Sala Laboral en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>. Los términos empiezan a correr a partir del día siguiente de la fijación del EDICTO.

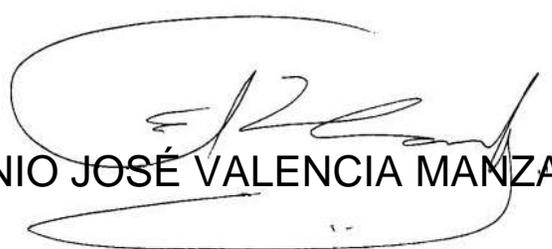
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO