

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	GUILLERMO RAFAEL BUSTAMANTE SCOTT
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - en adelante COLPENSIONES SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - en adelante PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS - en adelante COLFONDOS S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. en adelante PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310501220220084201
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. 170

En Santiago de Cali, a los tres (3) días del mes de mayo de dos mil veintitrés (2023), 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 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No.

45 del 28 de febrero de 2023, proferida de manera virtual por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 113

I. ANTECEDENTES

GUILLERMO RAFAEL BUSTAMANTE SCOTT demanda a **COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES**; que se condene a las administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual demandadas a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones obligatorias y voluntarias, bonos pensionales en el caso de haber sido emitido, pago por comisión de todo orden, las primas por seguros previsionales y el porcentaje destinado para garantía de pensión mínima, gastos de administración, sumas o cotizaciones adicionales, con todos sus frutos, intereses, esto es, con los rendimientos causados, de conformidad con el artículo 1746 del C.C..

PORVENIR S.A. se opone 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 S.A. se opone a las pretensiones e indica que brindó al demandante una información y una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad del cual venía afiliado, en la que se le recordó 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 al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Igualmente, se le dio a conocer sobre la opción legal de retracto con la que cuentan los afiliados a fin de que puedan tomar la decisión que más les convenga, entre otras, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedé plasmado su consentimiento el demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la innominada.

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.

PROTECCIÓN S.A. se opone a las pretensiones e indicó que el acto de afiliación es existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Además, se dio cumplimiento a la preceptiva vigente en materia de seguridad social esto es, respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrada en los arts.13 y 271 de la Ley 100 de 1993, por lo cual concluye que la afiliación que realizó el demandante a la AFP tuvo y tiene plena eficacia, lo cual se demuestra con el formulario de afiliación, de cara a ello, el actor tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media, pero no lo hizo.

Aduce que los traslados efectuados por el demandante entre diferentes administradoras del RAIS convalidan la voluntad de permanecer en ese régimen, por cuanto considera que son actos de relacionamiento conforme lo establece la sentencia CSJ SL1061-2021.

Indica que la variación del monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento, ni causal de ineficacia; que el desconocimiento de la ley no es excusa para cumplirla, por lo que si el actor ha estado afiliado por más de 20 años tiene un conocimiento de las características del régimen al que está afiliado, estando a su cargo el deber de informarse, consultar y verificar los productos que contrató.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada.

El **MINISTERIO PÚBLICO** indica que les corresponde a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías demandadas probar que, en el proceso de traslado de fondo de pensiones, al demandante se le brindó la información clara, objetiva, comparada y transparente sobre las características de ambos sistemas, que le permitirá tomar una decisión libre y voluntaria.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS Y PROTECCIÓN.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO efectuado por el señor GUILLERMO RAFAEL BUSTAMANTE SCOTT al régimen de ahorro individual y de todas las afiliaciones que éste haya tenido a administradoras del mismo entendiéndose afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES sin solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro

*individual del señor **GUILLERMO RAFAEL BUSTAMANTE SCOTT**, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar.*

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a reintegrar directamente al señor **GUILLERMO RAFAEL BUSTAMANTE SCOTT**, los aportes voluntarios realizados, con sus respectivos rendimientos

SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN a favor del accionante. Tásense por secretaría del despacho fijando como agencias en derecho un salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de este proveído a cargo de cada una.

SÉPTIMO: REMITIR el expediente ante la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

OCTAVO: INFORMAR al MINISTERIO DEL TRABAJO y al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO sobre la remisión del expediente al superior jerárquico.”.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presentó el recurso de apelación e indicó que su representada si cumplió con el deber de información vigente para la fecha en que el actor se trasladó; dice que en la demanda se pide de parte de su representada la realización de proyecciones, lo cual no era viable realizar en ese momento. Dice que el actor realizó una afiliación al RAIS no un traslado y esto no se tuvo en cuenta en la sentencia, lo cual genera que la ineficacia deba entenderse que él nunca ha estado afiliado a un régimen de pensión.

Aduce que no procede la devolución de gastos de administración, de las primas ni el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión

mínima, ni los rendimientos los cuales son también incompatibles con la condena de la indexación, lo cual considera que es un doble pago por un único concepto.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia de la afiliación o del traslado del actor al Régimen de Ahorro Individual administrado por **COLFONDOS S.A.**, **PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A. de devolver los aportes, rendimientos, gastos de administración, comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros provisionales de forma indexada y con cargo a su propio patrimonio; y si prospera la excepción de prescripción.

Para empezar no le asiste razón a la apoderada de PORVENIR S.A. al señalar que en la sentencia de instancia no se consideró que el actor se había afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera primigenia y que se trató el caso como si fuera un traslado. Esto no es así, porque la juez en la decisión consideró que el presente asunto no se trata de una ineficacia de afiliación, sino de traslado de régimen, por cuanto de la historia laboral aportada con la contestación de COLPENSIONES se evidencia que el demandante se afilió inicialmente en el año 1996 al otrora ISS y que posteriormente se afilió a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS en el mismo año 1996 y posteriormente en el año 2000 se afilió a PROTECCIÓN S.A., por tanto, la juzgadora consideró que sí existió traslado entre regímenes de pensiones, consideraciones respecto de lo cuales no se planteó ninguna inconformidad por parte de la recurrente, de tal suerte

que habiéndose decidido que el demandante se trasladó de régimen pensional la pasará a resolver si en ese traslado se cumplió con el deber de información.

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 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, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. no demostraron que cumplieron con el deber, que les asiste desde su fundación de informar al demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de la afiliación y elección de régimen que estaba realizando 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 eximir a las entidades de ese deber cuando posterior a la afiliación han realizado traslados entre regímenes, pues si el acto inicial es ineficaz los posteriores también lo son.

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.

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 a 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, no le asiste razón a PORVENIR S.A. en su apelación, cuando indica que las ordenes de la juez generan “*un doble pago por un único concepto*”, pues todas las ordenes se acompañan a las consecuencias que siguen a la ineficacia del traslado a la luz de la jurisprudencia citada, razón por la cual se confirma la sentencia apelada y consultada.

Sin embargo, la Sala encuentra necesario adicionar la sentencia en el sentido de ordenar que los conceptos a devolver, sean discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se le concede a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por

COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar al demandante su historia laboral.

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. y a favor de GUILLERMO RAFAEL BUSTAMANTE SCOTT. Inclúyase en la liquidación de esta instancia 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:**

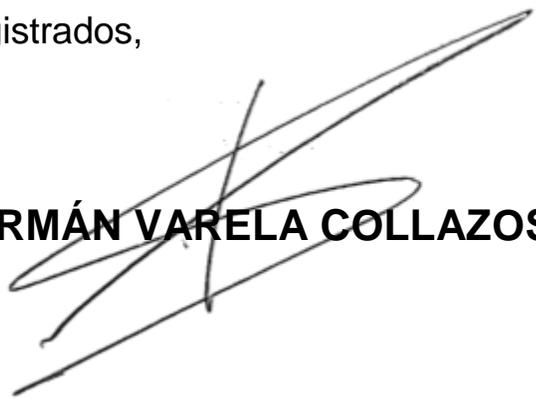
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de ordenar a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** que los conceptos a devolver, sean discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se le concede a **PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.** el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar al demandante su historia laboral.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia No. 45 del 28 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

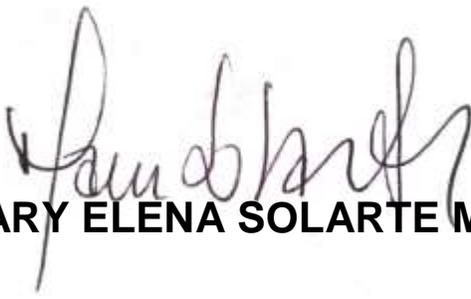
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de GUILLERMO RAFAEL BUSTAMANTE SCOTT DÍAZ. Inclúyase

en la liquidación de esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

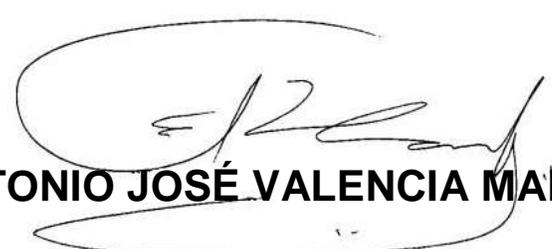
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO