

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|--------------------------|---|
| PROCESO | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA. |
| DEMANDANTE | JOSÉ ANTONIO PORTOCARRERO BUSTOS |
| DEMANDADOS | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR S.A. – |
| LITISCONSORTES NECESARIO | COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS -COLFONDOS S.A.- |
| RADICACIÓN | 76001310500220190072401 |
| TEMA | INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. |
| DECISIÓN | SE CONFIRMA Y ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA. |

AUDIENCIA PÚBLICA No. 177

En Santiago de Cali, a los tres (3) días del mes de mayo 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 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. 21 del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada MAREN HISEL SERNA VALENCIA en calidad de apoderada sustituta de COLPENSIONES, según el memorial poder allegado con los alegatos el 19 de abril de 2023.

Tener por reasumido el poder por el abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en calidad de apoderado judicial de PORVENIR S.A..

SENTENCIA No. 120

I. ANTECEDENTES

JOSÉ ANTONIO PORTOCARRERO BUSTOS 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 de su afiliación al régimen de ahorro individual y su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, y se condene a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiera recibido con motivo de su traslado y afiliación.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones en la medida que el demandante pretende desconocer su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, inicialmente a **PORVENIR S.A.** el 29 de abril de 1994, luego a **COLFONDOS S.A.** en el año 1997 y posteriormente a **BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS** el 13 de agosto de 2003; dice que en año en que se trasladó a **PORVEVENIR S.A.**, no existía la obligación de entregar cálculos o proyecciones acerca de su futuro pensional, en consideración a que esta obligación tan solo surgió a partir de la publicación de la Ley 1748 de 2014; aduce que el demandante se afilió de manera libre y voluntaria, conforme se observa en la solicitud de

vinculación, sin que haya mostrado inconformidad, lo cual demuestra la ausencia de vicios en el consentimiento; que a la demandante se le aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Aduce que el demandante al haberse afiliado a diferentes administradoras de fondos de pensiones, demuestra su aceptación con el régimen de ahorro individual, y con ello se demuestra los actos de relacionamiento que la magistrada Ana María Muñoz Segura en sentencias SL3752 de 2020, SL 1061 de 2021 y SL 2753 de 2021 ha establecido como actos que manifiestan la voluntad informada de los afiliados.

Alega que no es procedente declarar la nulidad absoluta del acto jurídico afiliación al régimen de ahorro individual, que el demandante no indica argumentos jurídicos que validen la pretensión relacionada con la declaración de la ineficacia del traslado; dice que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, tal como dispone el artículo 1741 del Código Civil, sin embargo, tal vicio no logra probarse en el presente asunto; que tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993, debido a que la misma, opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema; es decir contra conductas dolosas, que en este caso ni se alegan ni se acreditan por parte del demandante. En todo caso, aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Señala que, al no proceder la nulidad ni la ineficacia del traslado, no deriva el retorno de los aportes ni rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin embargo, en caso de condenar a la AFP a realizar la devolución de los gastos de administración no da lugar a ser

trasladados, por cuanto fueron causados de tracto sucesivo, al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en adelante **COLFONDOS S.A.**, quien fue citado como litisconsorte necesario no realizó ninguna manifestación.

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.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que realizó **JOSÉ ANTONIO PORTOCARRERO BUSTOS** a **PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**; ordenó a **PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** los dineros que hayan ingresado a la cuenta de ahorro individual de **JOSÉ ANTONIO PORTOCARRERO BUSTOS**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicita que se modifique el numeral cuarto la parte resolutoria de la sentencia, para que se le ordene al fondo privado a cargo de trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual lo haga de forma indexada.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **PORVENIR S.A.** solicitó que se revoque la sentencia insistiendo en los argumentos que presentó ante el juzgado, agregando que si se llegara a ordenar que reintegre a **COLPENSIONES** las sumas de la cuenta de ahorro individual del actor, de forma indexada, genera en su contra una doble sanción, por cuanto también se ordena devolver los rendimientos, que supera la posible pérdida del poder adquisitivo de la monera de los dineros del afiliado.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** indica que cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, se advierte en las sentencias CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL17595-2017, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, rad. 56174) hay lugar a reintegrar lo siguiente: 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. Aduce que lo anterior es así, teniendo en cuenta que, frente a su obligación de recibir, podría afectar directa o indirectamente a su representada, ya que afecta a futuro su sostenibilidad financiera, al tener a su cargo el reconocimiento de prestaciones pensionales, posibles intereses moratorios y demás costos sin haber percibido los aportes del demandante, durante toda su vida laboral.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Se resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del 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, 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 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.

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.

COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. 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, 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 del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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. En la sentencia SL4360 de

2019 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). (...)”

Por tanto, le asiste razón al apoderado judicial de COLPENSIONES en el recurso de apelación cuando indica que la sentencia se debe adicionar, pues en ella se ordenó la devolución de las cotizaciones solamente y de acuerdo al precedente jurisprudencial citado también procede que las AFP demandadas reintegren a COLPENSIONES los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio y de forma indexada, los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

Entonces, el numeral cuarto de la sentencia se adicionará en el sentido de ordenar a COLFONDOS S.A. a reintegrar los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio y de forma indexada, por el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante teniendo en cuenta el historial de vinculaciones que obra en folio 26 del PDF02; y a PORVENIR S.A. a que reintegre a COLPENSIONES los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio y de forma indexada generados durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante incluido el tiempo en que la administradora fue BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. teniendo en cuenta el historial de vinculaciones que obra en el folio 26 del PDF02, los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

También se adiciona 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 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.

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 modificar la sentencia consultada y apelada. **SIN COSTAS** en esta instancia por haber prosperado parcialmente la apelación de 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: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia No. 21 del 10 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** devolver a COLPENSIONES las cotizaciones efectuadas por JOSÉ ANTONIO PORTOCARRERO BUSTOS al RAIS, los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, incluido el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A. y de forma indexada, los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.,

teniendo en cuenta el historial de vinculaciones que obra en el folio 26 del PDF02.

De igual manera, se ordena a COLFONDOS S.A. a reintegrar a COLPENSIONES los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, generados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada ahí, con cargo al propio patrimonio de COLFONDOS S.A. y de forma indexada, teniendo en cuenta el historial de vinculaciones que obra en el folio 26 del PDF02.

También se adiciona 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 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 en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

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.

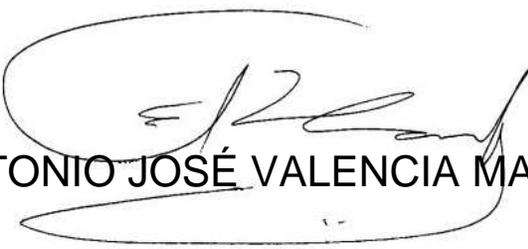
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO