

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	DERLY SALAZAR CAMACHO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. -PORVENIR S.A. –
RADICACIÓN	76001310500720230016201
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 385

En Santiago de Cali, a los cinco (5) días del mes de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de su homóloga integrante de la Sala de Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA**, 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 las apoderadas 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. 114 del 14 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 266

I. ANTECEDENTES

DERLY SALAZAR CAMACHO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** –en adelante **COLPENSIONES** – y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** –en adelante **PORVENIR**– con el fin de “*que se declare la nulidad del contrato de afiliación y/o traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad*” que suscribió con PORVENIR S.A.; como consecuencia de lo anterior, que se ordene su traslado al régimen de prima media con prestación definida a cargo de COLPENSIONES, junto con los valores integrales que hubiere recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones obligatorias, rendimientos financieros, bonos pensionales, gastos de administración, saldos de cuenta de rezago, frutos, intereses, y cuentas de no vinculados historia laboral actualizada y sin inconsistencias de semanas, y los aportes voluntarios si los hubiese que se entregarán al demandante, si fuere el caso.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones, e indicó que de la demanda no se logra demostrar la nulidad de la afiliación por error, engaño o vicio en el consentimiento, puesto que la decisión de trasladarse de régimen obedeció a una decisión libre, voluntaria, espontánea y sin presiones. Aunado a que no procede realizar el traslado en cualquier tiempo, en consideración a lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 797 de 2003 y el art. 1° del Decreto 3800 de 2003.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la parte demandante; adujo que no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada, no existe vicio en el consentimiento, ni causal de ineficacia, por cuanto cumplió a cabalidad con su deber de asesoría, además se ratificó con la

suscripción del formulario de afiliación en el cual expresó constancia de haber adoptado la determinación de vincularse de manera libre, voluntaria y sin presiones; además, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Propuso las excepciones de prescripción, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, buena fe, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

El **MINISTERIO PÚBLICO** indicó que le corresponde a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS DEMANDADA (PORVENIR S.A.), dando aplicación a la figurada denominada por la doctrina “carga dinámica de la prueba”, consagrada en el Art. 167 del C.G.P., probar que en el proceso de traslado de fondo de pensiones realizado, a la demandante le brindaron una información clara, objetiva, comparada y transparente sobre las características de ambos sistemas, permitiéndole valorar las consecuencias de su traslado dando cumplimiento a los requisitos legales impuestos a las Administradoras de Fondo de Pensiones y Cesantías, desde su creación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por la señora DERLI SALAZAR CAMACHO identificada con la CC. No. 31.919.153 al fondo PORVENIR SA, en consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

TERCERO: Como secuela obligada de la anterior determinación, la demandante, deberá ser admitida y sin dilación alguna en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONESCOLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos estos últimos, correspondientes al periodo en que la demandante estuvo afiliado a dicha administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Para la devolución de los conceptos ordenados se le concede a 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 a la demandante su historia laboral.

QUINTO: COSTAS a cargo de PORVENIR SA, se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Líquidense por Secretaría.

SEXTO: COSTAS a cargo de COLPENSIONES, se fijan como agencias en derecho la suma de ½ SMLMV. Líquidense por Secretaría.

SEPTIMO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada”.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia. Aduce que la selección del régimen pensional es una facultad libre y voluntaria de los afiliados, de conformidad a lo dispuesto en el literal b) del art. 13 de la Ley 100 de 1993, y la aceptación a través de la firma del formulario y la permanencia en el régimen evidencia la voluntad libre de su traslado. Solicita que se tenga en

cuenta que la demandante ha convalidado esa voluntad de permanecer en el régimen y ha realizado actos que así lo indican. Aduce que su representada ha obrado conforme a la ley, por lo que no procede la condena en costas.

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia. Indica que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones; por lo cual, no procede la declaratoria de la ineficacia del traslado, la devolución de rubros indexado, ni la condena en costas.

Solicitó que se revoque la condena de reintegrar gastos de administración, primas de seguros previsional, dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la asegurado. Dice que no procede la indexación ordenada en la sentencia respecto a los gastos de administración, por cuanto, esos valores no han perdido el valor adquisitivo, pues se han generado rendimientos. Aduce que mantener condenas de devolución de gastos de administración e indexación se generaría un enriquecimiento ilícito por parte de COLPENSIONES. Sustenta lo anterior con lo indicado por este tribunal en la sentencia 146 del 9 de junio de 2013.

Alega que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó que se revoque la sentencia insistiendo en los argumentos que presentó ante el juzgado, agregando que no hay lugar a condena en costas procesales.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Se resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.**. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la condena en costas y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **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.

En cuanto a la valoración del formulario de afiliación como prueba de la libertad de afiliación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL367-2022 expresó que,

“Ahora bien, tampoco le asiste razón a la parte opositora que el formulario de afiliación suscrito por la petente era prueba suficiente de la voluntad libre e informada del afiliado, ya que se trata de un formato preimpreso que no ofrece ninguna certeza que en realidad se haya efectuado una explicación completa, clara, eficaz y de acuerdo a las condiciones de la persona que pretendía efectuar el traslado, lo que se observa es un forma genérica, que no puede llevar a concluir que se haya brindado una asesoría oportuna, clara y precisa sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, que existían para su caso particular, al momento de optar por cualquiera de los dos.

Además, no podía entender que la actora expresó su voluntad de afiliación en el formulario. Al respecto se ha de precisar que el simple diligenciamiento del formulario no supe en manera alguna el deber de información, ni resulta ser demostrativo de haberse satisfecho en debida forma el mentado deber (CSJ SL1741-2021) en la que se memoraron las sentencias CSJ SL1421-2019; CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017). Los formularios de afiliación son unos documentos proforma que nada diferente a lo allí señalado indican y, con base en los cuales no se puede estimar que signifiquen de contera entonces, el cumplimiento de la orientación necesaria, requerida y exigida por Ley para que

la actora tuviese un conocimiento suficiente, pleno y veraz para poder comprender la conveniencia o no de su traslado.”

PORVENIR S.A. no demostró que cumplió con el deber, que le asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre. En razón a lo anterior, no es admisible que los actos de relacionamiento subsanen la falta en el deber de información.

Aunado a lo anterior, la Sala no comparte el argumento que la demandante tenía el deber de informarse por la incidencia de los actos en su futuro y que era carga suya demostrar que cumplió con ese deber de consumidor financiero, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las 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 desvirtuarse 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 ineficacia del traslado de la 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, la devolución de los gastos de administración indexados y los rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente a la demandante, ni a COLPENSIONES, porque su orden se da como consecuencia de la conducta indebida de la administradora 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, por tanto, devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma indexada, es procedente, 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 lo expuesto, se confirma el numeral cuarto de la sentencia apelada.

En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra que es imprescriptible, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo

cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. Así lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la sentencia SL1421-2019, posición reiterada en la SL1688-2019, SL1689-2019, SL2611 de 2020, SL2308-2020, entre otras. Iguales razones caben para indicar que no hay prescripción respecto a los gastos de administración, pues estos nacen del derecho a la ineficacia del traslado, en la sentencia SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, se reiteró que,

*“Hay que mencionar que, así como la acción para obtener la declaración de ineficacia es imprescriptible, **los derechos que nacen de ello también tienen igual connotación.** En efecto, conforme al artículo 48 de la Constitución Política, el derecho a la seguridad social es un derecho subjetivo de orden irrenunciable, premisa que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por su titular (inalienable e indisponible), como tampoco puede ser abolido por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”*

Se mantiene la condena en costas impuesta por cuanto son objetivas y las entidades demandadas 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 demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia, a cargo 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. 114 del 14 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

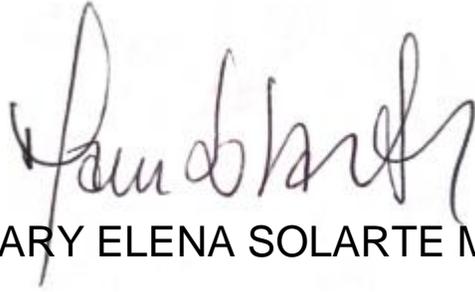
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

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



ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA

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: **a5733008f0106e790fa5036536859b8faf475d8ef177e7bd0475907622e5e03a**

Documento generado en 06/09/2023 01:33:51 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>