

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

|            |  |
|------------|--|
| PROCESO    | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.  |
| DEMANDANTE | ABSALÓN MONARD GIRALDO   |
| DEMANDADOS | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -.<br>SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..  |
| RADICACIÓN | 76001310501920220036401  |
| TEMA       | INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.   |
| PROBLEMA   | LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA INEFICACIA DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -. |
| DECISIÓN   | SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.  |

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 465

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogas integrantes 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 del 13 de junio de 2022, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última de la sentencia condenatoria No. 161 del 23 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No. 329**

### **I. ANTECEDENTES**

**ABSALÓN MONARD GIRALDO** 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 S.A.** - con el fin de que se declare la nulidad del traslado o a **PORVENIR S.A.**, porque la AFP no cumplió con el deber de información; que se ordene el traslado de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** de los aportes, rendimientos, frutos, intereses, bonos pensionales, gastos de administración.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones aduce que no está obligada a realizar el traslado del RAIS al RPM, adicionalmente las decisiones que se tomen dentro del sistema pensional se encuentran soportadas en documentos firmados u otros medios idóneos autorizados para ello que implican la aceptación de los efectos legales, costos, restricciones y demás consecuencias derivadas de las mismas; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de trasladarse establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional.

**PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones e indicó que no existe causal legal para que se declare la ineficacia del traslado, por cuanto el mismo se realizó de manera libre y voluntaria, puesto que brindó la información detallada, clara, precisa y oportuna respecto a los efectos jurídicos existentes. Indica que en el caso de que se declare la ineficacia, que la consecuencia es la de trasladar los aportes y bonos pensionales, pero no procede el reintegro de los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, por cuanto estos han

sido utilizados para generar rendimientos a favor de la parte actora. Propuso las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la COLPENSIONES y PORVENIR S.A.*

*SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual Con Solidaridad, de Absalón Monard Giraldo acaecido el 02 de febrero de 1995 retornando en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por COLPENSIONES EICE, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden*

*TERCERO: CONDENAR a Porvenir S.A que en el término de treinta (30) días a partir de la ejecutoria de esta providencia proceda a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante de condiciones civiles conocidas en este proceso, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, y -bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos-, los valores utilizados y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993; también a devolver el porcentaje por gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la actora permaneció como su afiliada en el RAIS.*

*CUARTO: ORDENAR que a COLPENSIONES EICE que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de Absalón Monard Giraldo de condiciones civiles conocidas en el plenario, siempre que se cumple las condiciones referentes al traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, referidas en el numeral anterior, y que en el término no mayor a quince días (15) expida una historia laboral actualizada y sin inconsistencia en la que reposen las cotizaciones efectuadas al RAIS como las cotizadas a RPM siempre que se hayan aportado en debida forma por el empleador o trabajador.*

*QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES S.A, PORVENIR S.A por haber sido vencida en juicio, fijando la suma de 1 salario mínimo legal vigente como agencias en derecho por cada una de las demandadas”.*

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación para que se revoque los numerales 3 y 5 de la sentencia, que la orden de devolver a Colpensiones las sumas percibidas por los gastos de administración resulta inequitativo su representada, pues con dichas sumas garantizó la emisión de estratos, la disposición del canales de los afiliados, la inversión de los recursos y las diligencias, precisamente el origen de los rendimientos.

Solicita que se declare la excepción de prescripción, respecto a las costas solicitó no condenar a esto, por cuanto no se opuso al traslado y existió ánimo conciliatorio visible en la contestación.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación, solicita que se revoque la sentencia, al considerar que es improcedente a Colpensiones aceptar a los demandantes en calidad de afiliados en virtud del artículo 2° numeral e) de la ley 797 del 2003, ya que los demandantes presentan su petición fuera del término legal establecido y además en contra inmersos de la prohibición que estipula la ley, de igual manera los demandantes no demostraron vicios en el consentimiento en el momento que decidieron trasladarse de régimen de ahorro individual y afiliarse a Porvenir, tampoco han demostrado falsedad en el formulario de afiliación o falta de consentimiento o suplantación de su firma en el formulario de afiliación a la administradora de fondos de pensiones cesantías Porvenir, teniendo en cuenta además que valían su decisión permaneciendo por más de 15 años en el régimen de ahorro individual, de igual manera, no se tuvo en cuenta en el presente caso que en la carga de la prueba es dinámica y los demandantes no presentan ningún documento que demuestre en el escrito de demanda cuáles son

los beneficios que tienen de trasladarse al régimen de ahorro individual o cuáles son las verdaderas razones por las cuales desean vincularse al régimen de prima media con prestación indefinida de este momento.

Dice que en materia probatoria por regla general corresponde cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y además atendiendo las situaciones particulares de cada caso pues no se puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho, a la parte que se encuentra en una situación más favorable para aportar evidencias.

Alega que el demandante es profesional, que pudo analizar y tomar decisiones propias respecto a su futuro pensional, en el momento que el demandante realizó su primera afiliación del régimen de ahorro individual pues realmente no existía un deber de asesoría como tal si no un deber de información por parte de las administradoras de pensiones conforme al Decreto 661 de 1994, situación que se cumplió pues la información que recibieron era con base en el salario mínimo que devengaban en ese momento. Indica que era responsabilidad también del demandante informarse respecto al futuro pensional a medida que iban cambiando sus situaciones particulares, que ratificaron su voluntad de permanecer en el RAIS al estar por más de 15 años.

Solicita que revoque la condena en costas procesales y agencias de derecho en cargo de Colpensiones, toda vez que para la entidad no es imposible nulitar o declarar ineficacia un acto de un fondo privado de pensión.

Pide que se ordene en la sentencia que Porvenir S.A. reintegre todos los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, las cuotas de ahorro al fondo de garantía de pensión mínima también, rendimientos, bonos pensiones, seguros provisionales y gastos y cuotas de

administración concerniente al fondo de garantía de pensión mínima, seguro de pensión de invalidez y sobrevivencia, frutos mejoras y además toda indexación que recaiga sobre todos los valores.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, los apoderados judiciales del demandante, PORVENIR S.A. de COLPENSIONES, insistieron en los argumentos expuestos en el juzgado.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del 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 orden que se le impuso a PORVENIR S.A. de devolver los gastos de administración, si es dable revocar la condena en costas, y si prospera 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.

En tal sentido, 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; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado, pues con ellos 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. En consecuencia, si bien el formulario es un documento válido, con él no se suple la información que debió brindar el fondo de pensiones el actor al momento del traslado de régimen.

Era obligación de PORVENIR S.A. suministrar al demandante una información completa y comprensible sobre los pro y los contra que tenía el traslado de un régimen pensional a otro; sobre todo porque nos encontramos frente a una administradora experta y a un demandante lego, que carece de experiencia o conocimiento en materias pensionales; así como en el sistema de seguridad social integral creado por la Ley 100 de 1993. El actor no tiene una educación formal en éstas materias, que

de por sí son de alta complejidad, en virtud al nivel de exigencia que reina actualmente en los mercados financieros, contrastado con la situación fáctica que vivía el demandante para la fecha del traslado; hechos todos que ameritaban una información completa y veraz sobre las ventajas y desventajas de quedarse en el régimen de prima media con prestación definida o trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad; de lo cual no aparece prueba en el expediente, siendo carga de PORVENIR S.A. demostrarla. Al respecto de la información que deben suministrar los fondos privados y su deber de acreditarla se puede consultar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL del 9 de septiembre de 2008 con radicación 31989 y SL 17597 del 18 de octubre de 2017 radicación 46292, entre otras.

En cuanto a 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, entre otras.

Sobre 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 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.

Así las cosas, la Sala considera que el 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 y lo que alega PORVENIR S.A. referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración junto a los rendimientos, esta Sala indica que las consecuencias 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..

En la sentencia SL4360 de 2019 se 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 y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al 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 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.

En consideración a lo expuesto se confirman los numerales tercero y cuarto 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 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 del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5 numeral 1 del Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016.

## **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 condenatoria No. 161 del 23 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de

esta instancia, a cargo de cada una, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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.

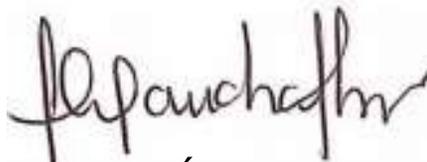
Intervinieron los Magistrados,



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: **e9ab0ddac6bf936148991fc52a059b9b153ec5aa6290e5bb1dde9af293e5cc47**

Documento generado en 01/11/2023 05:30:11 AM

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

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