TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

S A L A L A B O R A L

PROCESO	**ORDINARIO**
DEMANDANTE	**HAROLD HERNÁNDEZ BORRAS**
DEMANDANDO	**COLPENSIONES** **PORVENIR S.A.**
PROCEDENCIA	JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	**76001 31 05 016 2020 00162 01**
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN Y CONSULTA
PROVIDENCIA	**Sentencia No. 74 del 31 de marzo de 2022**
TEMAS Y SUBTEMAS	**NULIDAD DE TRASLADO:** PORVENIR S.A. omitió cumplir su deber de información
DECISIÓN	**MODIFICAR**

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el magistrado ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO, en asocio de los demás magistrados que integran la Sala de Decisión, procede resolver la APELACIÓN Y CONSULTA la sentencia No. 260 del 22 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el señor **HAROLD HERNÁNDEZ BORRAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A.,** bajo la radicación **76001 31 05 016 2020 00162 01.**

AUTO No. 285

Atendiendo a la manifestación contenida en escrito obrante presentada por la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, se acepta la sustitución al poder realizado al CARLOS STIVEN SILVA GONZALEZ identificado con CC No. 1144142459 y T. P. 234.569 del C. S. de la J.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **Harold Hernández Borras,** demandó a **Colpensiones y Porvenir S.A.,** pretendiendo que se declare nulo su traslado del RPM al RAIS, se ordene su retorno a Colpensiones, el traslado de todos los aportes de su cuenta de ahorro individual por parte de Porvenir S.A. a Colpensiones y se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como hechos indicó que fue abordado por un asesor de Porvenir S.A., quien lo convenció del traslado, el cual le indicó que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad era más beneficioso para su futuro pensional, puesto que podría adquirir su mesada pensional de manera anticipada y con mejores condiciones económicas que en el ISS, omitiendo el deber de proporcionarle una información veraz y completa acerca de las ventajas, desventajas e implicaciones de trasladarse de régimen, induciéndolo en error, como quiera que también le manifestaron que el ISS iba a ser liquidado.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,** dio contestación a la demanda manifestando que se opone a las pretensiones, toda vez

que la decisión del traslado obedeció a la voluntad del señor Harold Hernández, ratificando su decisión con la firma del formulario de afiliación ante Porvenir S.A., razón por la que dicha vinculación goza de plena validez. Además, señaló que el demandante se encuentra a menos de 10 años de causar su derecho pensional, por lo que no es procedente acceder a la nulidad.

Como excepciones formuló la de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción.

Porvenir S.A. contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de pretensiones, bajo el argumento que el señor Harold Hernández se afilió a la AFP de manera libre y voluntaria después de ser ampliamente asesorado e informado acerca de las ventajas, desventajas, manual de funcionamiento de los regímenes pensionales, lo anterior con el fin de tomar una decisión conforme a sus intereses pensionales, misma que se evidenció con la suscripción y firma del formulario de afiliación.

Como excepciones propuso la de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigo en sentencia No. 260 del 22 de noviembre de 2021, en la que:

Declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a Porvenir S.A., ordenó a Colpensiones a aceptar el regreso del señor Harold Hernández Borras al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Asimismo, ordenó a Porvenir S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual del demandante.

Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. y Colpensiones en la suma de 1 SMLMV.

APELACIÓN:

Inconformes con la decisión, las entidades demandadas presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

-Porvenir S.A.

"Interpongo recurso de apelación contra la Sentencia 260 dictada dentro el proceso del señor Harold Hernández 2020-162, recurso que se interpone para su inmediato superior Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali solicitado a dicha corporación que revoque el numeral 1 que declaró no probadas las excepciones propuestas por Porvenir, numeral 2 que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional, numeral 3 que ordenó a Colpensiones aceptar el traslado, numeral 4 que ordenó a Porvenir a trasladar todos los aportes o todos los dineros de la cuenta y el numeral 6 que condenó a Porvenir en costas de un salario mínimo mensual vigente.

Debemos manifestar que no era viable que se decretara la ineficacia del traslado de régimen pensional y se ordenara regresar al demandante al régimen de prima media atendiendo al hecho de que no se faltó a ningún deber de información por parte del fondo que represento, el demandante fue debidamente asesorado para que tomara su decisión de vincularse o no y es así como dicha vinculación estuvo de conformidad con el Art. 114 y 113 de la Ley 100 de 1993, de manera que la afiliación es perfectamente válida.

Debe decirse que la parte actora debe cumplir con los requisitos del Art. 64 para acceder a la pensión de vejez, situación que solo se puede verificar al momento que ella radique la solicitud de pensión, acompañada de los documentos necesarios para dicha gestión.

Igualmente, debo manifestar que el demandante fue asesorado sobre el derecho de retracto que tenía la afiliación, sin embargo, no hizo uso, y es así como

para decidir la presente acción debió tener en cuenta la Ley 1748 del 2014 y el decreto 2061 del 2015 que se estableció por parte del legislador que para la existencia del instituto de la seguridad social la asesoría podría no tener la favorabilidad en cuanto al monto de la pensión.

Debo decir también que la acción se encuentra cobijada por el fenómeno de la prescripción establecido en el art 151 del Código de Procedimiento Laboral y la Seguridad Social 488 y 489 del Código Sustantivo del trabajo, es por ello que debe entenderse que la prescripción sí se ha presentado, atendiendo el hecho de que el actor no solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, sino el traslado de régimen pensional, por ende, la acción no es imprescriptible.

En ese sentido dejamos presentado el recurso de apelación frente a la Sentencia 260 del 22 de noviembre de 2021 en el proceso del señor Harold Hernández radicado 2020-162."

-Colpensiones

"Me permito interponer recurso de apelación contra la Sentencia del proceso 2020-162 que es el fallo 260 proferida por este despacho, a fin que el Tribunal Superior de Cali Sala Laboral se sirva revocar lo actuado en este plenario, toda vez que el traslado a la fecha goza de plena validez.

Además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

No obstante, de mantenerse la decisión de declaratoria de nulidad, me permito manifestar que los dineros que deben ser devueltos por la AFP demandada deben ser incluidos los gastos de administración previstos en el Art. 13 literal Q y el Art. 20 de la ley 100 de 1993 por los periodos que administraron las cotizaciones del demandante, todo tipo de cotizaciones, las primas de seguro previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que hubiese producido de no haberse generado el traslado.

De igual forma, solicito sea revocada la condena en costas a mi defendida, toda vez que las circunstancias en que se dieron los traslados de régimen pensional eran ajenas a la entidad, es decir, su efectividad y validez no dependía de ella y, adicionalmente, no se evidencia negligencia en el actuar de mi representada, pues la negativa se ajustó a las previsiones legales."

Además, el proceso se conoce en el grado jurisdiccional de **CONSULTA**, toda vez que la sentencia resultó adversa a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.**

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN DECRETO 806/2020

Dentro de los términos procesales previstos en el art. 15 del Decreto 806 de 2020 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión:

PORVENIR S.A. manifestó que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz, por lo que pidió se revoque en su integridad la sentencia proferida el día 22 de noviembre de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Cali.

COLPENSIONES indicó que el traslado a la fecha goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; razón por la cual no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES en realizar el traslado del RAIS al RPM.

No encontrando vicios que puedan generar la nulidad de lo actuado en primera instancia, surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 y teniendo en cuenta los alegatos de conclusión presentados por las partes, se profiere la

SENTENCIA No. 74

PROCESO: ORDINARIO
DEMANDANTE: HAROLD HERNÁNDEZ BORRAS
DEMANDANDO: COLPENSIONES y OTRO
PROCEDENCIA: JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO: 76001 31 05 016 2020 00162 01

En el presente proceso no se encuentra en discusión: **i)** que el señor **Harold Hernández Borras,** el 01 de diciembre de 1997 se trasladó del ISS hoy Colpensiones a Porvenir S.A. (fls. 146 PDF 10ContestaciónPorvenir) **ii)** que el 07 de mayo de 2020 radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, la cual fue negado por encontrarse a menos de 10 años de causar su derecho pensional (fls. 23 – 25 PDF 01DemandaAnexos)

PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención a los recursos de apelación presentados por las entidades demandadas y el grado jurisdiccional de Consulta que se surte en favor de Colpensiones, el **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala, gira en torno a establecer si hay lugar a declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, efectuado por el señor **Harold Hernández Borras,** habida cuenta que en los recursos se plantean que la afiliación goza de plena validez, como quiera que el actor fue debidamente informado.

De ser procedente la nulidad de traslado, se determinará:

1. Si es posible la declarativa de la nulidad aun cuando el demandante se encuentra a menos de 10 años de causar su derecho pensional.
2. Si Porvenir S.A. debe devolver a Colpensiones los gastos de administración, rendimientos financieros, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y sumas adicionales de la aseguradora causados en los períodos en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante.
3. Si operó el fenómeno de la prescripción al respecto de la acción de nulidad de traslado.

4. Si fue correcta la imposición de costas en primera instancia a cargo de la demandada Colpensiones

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico principal, la Sala comienza por indicar que el Sistema General de Seguridad Social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos regímenes: el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Frente a la elección de régimen, el literal b) del artículo 13 de la 100/93, indica que los trabajadores tienen la opción de elegir «*libre y voluntariamente*» aquel de los regímenes que mejor le convenga para su vinculación o traslado.

Al respecto del 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[1] y, sobre este punto, jurisprudencialmente se ha definido que es la AFP a la cual se efectuó el traslado a quien le corresponde la carga de la prueba[2].

[1] 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, Decreto 2241 de 2010, reglamentario de la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010, y la Ley 1748 de 2014.
[2] sentencia del 09 de septiembre de 2008, SL 17595 de 2017 y SL1688-2019.

En el caso, el señor **Harold Hernández** sostiene que, al momento del traslado de régimen, la administradora Porvenir S.A. no le explicó eficientemente las condiciones del traslado, incumpliendo así su deber legal de proporcionar una información veraz y completa respecto de las consecuencias negativas de tal acto.

En efecto, no existen pruebas documentales que acrediten que la AFP demandada hubiese cumplido con su obligación de suministrar información necesaria y transparente al momento del traslado en la forma en que lo ha entendido la jurisprudencia, deber que no se limita a las proyecciones pensionales, sino que debe comprender cada etapa de la afiliación desde el momento inicial, mostrando las ventajas y desventajas del traslado a realizar[3], situación que no se logró acreditar en el plenario.

Y, es que pese a que se firmó por parte del demandante un formulario de afiliación al momento del traslado, este es un formato preimpreso para depositar información general del afiliado, de su vinculación laboral y beneficiarios, en el que se le pregunta genéricamente si fue informado y asesorado por la AFP sin que contenga datos relevantes que conduzcan a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones.

Por lo que en el caso se observa que la vinculación al RAIS del demandante se dio en desconocimiento de las características, beneficios y consecuencias de estar en tal sistema pensional alterno.

[3] Sentencias CSJ SL1452-2019, reiterada entre otras, en CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019

Por lo tanto, la carga de la prueba le correspondía a la AFP demandada y no al señor Harold Hernández Borras, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo 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.

Ahora, de acuerdo al punto objeto del recurso de apelación de **Colpensiones** acerca de la imposibilidad de declarar la nulidad del traslado en razón a que el demandante se encuentra a menos de 10 años de causar la pensión, encuentra la Sala que este argumento no puede salir avante, toda vez que, con la declaratoria de nulidad de traslado no se genera una nueva afiliación, sino que se dejan las cosas en el estado que se encontraban antes de realizarse el acto jurídico que se predica eficaz, así las cosas, es posible la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen en cualquier momento, ya que como se mencionó anteriormente, contrario a generar una nueva afiliación, sus consecuencias son dejar sin efectos el traslado realizado del RPM al RAIS.

En consecuencia, ante la declaratoria de nulidad del acto jurídico que dio lugar a la afiliación del demandante al RAIS, **Porvenir S.A.** deberá reintegrar los valores que hubiere recibido con ocasión de la afiliación del demandante, incluidos bonos pensionales si los hubiere, pues así lo dispone el inciso segundo del artículo 1746 del Código Civil. Además, deberá retornar los gastos de administración, debiendo asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C[4]., ocurriendo lo mismo

[4] CSJ sentencia del 09 de septiembre de 2008, radicación 31989.

con los rendimientos financieros, sumas adicionales de la aseguradora y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima causados durante el período que administró la cuenta de ahorro individual del demandante, razón por la que modificará la decisión de primera instancia en atención al recurso de apelación presentado por Colpensiones.

Ahora, en cuanto al argumento de la **prescripción**, debe decirse que, tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, y 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, 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 dijo, resulta imprescriptible, tesis aceptada por la CSJ recientemente en sentencia SL 1688 del 8 de mayo del 2020.

Por tanto, avalar la posición de **Porvenir S.A**. implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo que no está llamado a prosperar el argumento del recurrente.

Por otra parte, en lo relativo a las **costas** de primera instancia impuestas a Colpensiones, esta Sala deberá recordar que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc.

En consideración a lo anterior, la condena en costas atiende un carácter eminentemente objetivo, por cuanto la imposición de las mismas solo exige que se produzca el vencimiento de la parte a la que se obliga con las mismas, sin atender ninguna consideración adicional, por lo que, para su imposición, el Juez no puede examinar otros criterios distintos a los establecidos por la norma, como por ejemplo si hubo o no culpa de quien promovió la acción.

Y, es que debe precisarse en este punto, que tal como lo ha señalado la jurisprudencia[5], la condena en costas no es una decisión facultativa del Juez de conocimiento respecto de la parte vencida en un proceso sino una obligación que por mandato del legislador no puede eludir tomando como fundamento criterios no establecidos.

En el caso sub examine, Colpensiones, funge en el proceso como demandado, es destinatario de una condena que se materializa en una obligación de hacer, dar o recibir y resultó vencido en juicio, toda vez que mostró oposición a las pretensiones, sin que las mismas fueran avaladas por el juez de primera instancia. Por tanto, deberá confirmarse la decisión de primera instancia respecto a la imposición de costas.

---

[5] T420-2009

Finalmente, debe recalcarse que el grado jurisdiccional de consulta quedó surtido al estudiar el problema jurídico principal, pues con ello se verificó la legalidad de la condena, encontrando que hay lugar a la nulidad de traslado solicitada.

Se absolverá a Colpensiones de la condena en costas en esta instancia, por cuanto su recurso de apelación prosperó de manera parcial y se condenará a Porvenir S.A.

Las razones anteriores son suficientes para modificar la sentencia consultada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada, precisando que **PORVENIR S.A.**, debe trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió con motivo de la afiliación del señor **HAROLD HERNÁNDEZ BORRAS,** tales como cotizaciones, bonos pensiones, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es con los rendimientos que se hubieren causado; también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los períodos en que administró las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** Liquídense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace: https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias.

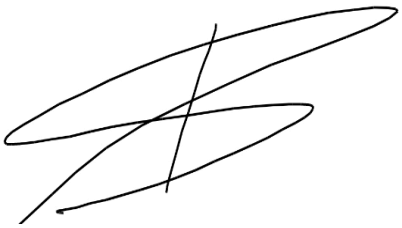
En constancia se firma.

Los Magistrados,

Se suscribe con firma electrónica

ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Magistrado Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO **GERMAN VARELA COLLAZOS**

Firmado Por:

Antonio Jose Valencia Manzano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 7 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: **de20d6f9b637dd3516278eb54d6bd84b5b979869f71e5861f4464b7357c067b1**
Documento generado en 30/03/2022 09:33:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica