

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|------------|--|
| PROCESO | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA |
| DEMANDANTE | JUAN CARLOS PAZ RAMOS |
| DEMANDADOS | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. |
| RADICACIÓN | 76001310501020190067201 |
| TEMAS | INEFICACIA DEL 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. 29

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de enero de dos mil veintitrés (2023), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se resolverán los recursos de apelación que presentaron los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta su a favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 161 del 25 de agosto de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 10

I. ANTECEDENTES

GUILLERMO TELLO GONZÁLEZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS** –, 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 de su traslado a estas administradoras de fondos de pensiones, y se les ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, y los valores descontados por gastos de administración.

COLFONDOS se allanó a las pretensiones de la demanda.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la parte demandante; adujo que en este caso lo que se debe demandar es la ineficacia del traslado de régimen pensional y no su nulidad, por cuanto no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que cumplió cabalmente la obligación de dar información a la parte demandante, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional; que la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza del afiliado por disposición legal y no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento; que la parte demandante cuenta con plena capacidad legal para decidir el traslado del régimen de pensiones, y tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias; que la finalidad del sistema general de pensiones se cumplió frente a la parte demandante; que a ésta se le informó en relación con la incidencia del

traslado en el régimen de transición; que aun de considerarse, en gracia de discusión, que no hubo debida información no es por sí solo suficiente para la ineficacia del acto de traslado del régimen pensional; que la parte actora contó con varias oportunidades para trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo.; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado; que la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social no es una relación contractual. Por lo tanto, no existe debilidad negocial del afiliado o posición dominante por parte de la administradora de fondo de pensiones; que las acciones para reclamar la nulidad o la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional se encuentran prescritas.

COLPENSIONES indica que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos invocados por la demandada COLPENSIONES.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia y por tanto sin validez alguna, el traslado del régimen pensional del demandante suscrito en el año 1998.

TERCERO: DECLARAR como única afiliación válida del demandante la que traía con el sistema pensional al régimen de prima media con administración definida hoy administrado por COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotización en la cuenta individual, valores por concepto de aportes al fondo de

pensiones por pensión mínima, los valores por concepto de la aseguradora para pensión de vejez, invalidez y sobrevivencia, los valores por concepto de gastos de administración, bonos pensionales, recibidos durante el tiempo que estuvo aportando a dichos fondos privados, junto con todos sus rendimientos, frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 C.Civil.

QUINTO: Condenar en costas a la demandada PORVENIR S.A., las que deberán liquidarse por secretaría, debiéndose incluir la suma de \$1.500.000, por concepto de agencias en derecho en favor del demandante.

SEXTO: Condenar en costas a la demandada COLPENSIONES, las que deberán liquidarse por secretaria, debiéndose incluir la suma de \$500.000, por concepto de agencias en derecho en favor de la demandante.

SEPTIMO: Sin costas en contra de COLFONDOS.

OCTAVO: Si esta sentencia no fuere apelada, remítase en consulta ante el H.T.S. para su conocimiento atendiendo lo dispuesto por el art. 69 del cpl y de la ss.”.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Dijo que no está de acuerdo con la orden de devolver todos los rubros correspondientes, teniendo en cuenta el principio de confianza legítima, seguridad jurídica, buena fe objetiva y presumible. Indica que el afiliado ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS con el traslado horizontal que realizó entre diferentes administradoras; que el demandante al faltarle menos de diez años para cumplir la edad pensional se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse.

Indica que, si se confirma la ineficacia del traslado, indica que no procede la devolución de los gastos de administración en virtud de las restituciones mutuas, que implica respetar aquellos aspectos que por su misma naturaleza como lo es la obligación de hacer y gestionar

debe consolidarse y respetarse, porque son imposible retrotraer material y jurídicamente; que esos gastos de administración están autorizados en el art. 20 de la Ley 100 de 1993, para ambos regímenes; dice que los gastos de administración son mejoras que busca tener rendimientos, por lo que no se deben tener como mermas sufridas en el capital; que ordenar los gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES. También, muestra su inconformidad con en la orden de devolver las sumas adicionales de la aseguradora, por cuanto esos dineros ya cumplieron su fin y no cuenta con el dinero; indica que los bonos pensionales no se deben devolver a COLPENSIONES, sino al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que, de conformidad al Decreto 2241 de 2010, el demandante tenía el deber de mantenerse informada, y que su silencio prolongado en el tiempo se traduce en una decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado, lo cual se desvirtúa con la demostración de la existencia de una fuerza que haya viciado el consentimiento; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, conforme lo indican las normas civiles; que el error de derecho no da lugar a la declaración de nulidad del negocio jurídico, por tanto, que la parte que lo cometió debe asumir las consecuencias de su celebración; que de conformidad al art. 334 superior se debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema. Solicita que se revoque la condena en costas.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado judicial **COLPENSIONES** insiste en los argumentos expuestos en el juzgado de instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del actor del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **COLFONDOS S.A.** y **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia y con ello definir si las condenas de devolver gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses se debe revocar, y si la condena en costas se deber revocar.

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 **dobles asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En tal sentido, contrario a lo que alega PORVENIR S.A., el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a las AFP desde su fundación; tampoco 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 la demandante estuvo afiliada 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 a la actora al momento del traslado de régimen, ni es reemplazable con los actos de traslado horizontales entre administradoras.

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, entre otras.

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.”

COLFONDOS y **PORVENIR** 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento que el 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 del demandante, 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.

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 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 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, 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, y se precisa en el sentido de indicar que la devolución de las sumas adicionales de la aseguradora para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, las sumas adicionales por concepto de aporte a pensión mínima y los gastos de administración se hará por PORVENIR de forma indexada y con cargo a su propio patrimonio.

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 a PORVENIR y COLPENSIONES por cuanto son objetivas y dichas 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 y adicionar 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, 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: PRECISAR el numeral cuarto de la sentencia No.161 del 25 de agosto de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la

devolución de las sumas adicionales de la aseguradora para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, los valores por concepto de aportares al fondo de pensiones para pensión mínima y los gastos de administración, se hará por parte de COLFONDOS y PORVENIR a COLPENSIONES, de forma indexada y con cargo a su propio patrimonio por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dichos fondos.

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

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

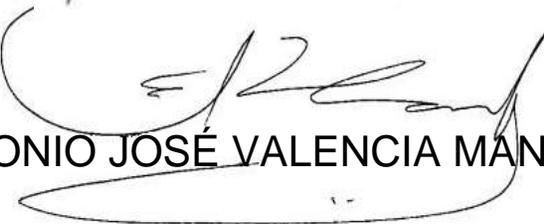
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

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: **3ae707a4c35e0e0c98a4545b7da376833328fe40f3327ef24c9212d7d7be9a7e**

Documento generado en 31/01/2023 10:52:58 PM

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