

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	GLORIA AMPARO CARDONA LÓPEZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. En adelante COLPENSIONES COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S.A. En adelante COLFONDOS S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. En adelante PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310501820220067301
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 141

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintitrés (2023), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la Sala de Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuestos por la apoderada judicial de **COLPENSIONES**, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 27 del 9 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 91

I. ANTECEDENTES

GLORIA AMPARO CARDONA LÓPEZ demanda a **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS por ausencia de información, que en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. que devuelvan a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, tales como aportes, cotizaciones, rendimientos financieros, bonos o títulos generados en favor del afiliado, sumas adicionales de la aseguradora, los gastos de administración y cualquier otra suma que represente un activo para la base pensional con sus frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C., y a asumir los deterioros sufridos por el bien administrado, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez; que se ordene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación y no le imponga cargas adicionales con motivos al traslado como consecuencia de la ineficacia.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y expone que no es competente para declarar la nulidad de la afiliación y traslado de aportes del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, ya que no se ha probado ni declarado un vicio en el consentimiento en el acto de traslado de la demandante, y en todo caso ésta se encuentra inmersa en la prohibición legal para trasladarse, de conformidad a lo dispuesto en el art. 2º, literal e) de la Ley 797 de 2003.

COLFONDOS S.A. y **PROTECCIÓN S.A.** se opusieron a las pretensiones e indicaron que cumplieron con el deber de información al momento de la afiliación de la demandante.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR PROBADO el medio exceptivo de COBRO DE LO NO DEBIDO propuesto por COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS y PROTECCIÓN SA, respecto de la petición que busca que éstas asumieran las supuestas mermas en el capital de financiación de pensión invocada por la promotora del litigio y NO PROBADO ninguno de los demás medios exceptivos propuestos por las entidades demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado que la señora GLORIA AMPARO CARDONA LÓPEZ de condiciones civiles conocidas en el proceso, suscribió desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS y, por consiguiente, la posterior vinculación ante ING hoy PROTECCIÓN SA.

TERCERO: CONDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA AMPARO CARDONA LÓPEZ, tales como de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración, comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aporte voluntario si lo hubiere, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a COLPENSIONES de manera indexada con cargo a su propio peculio.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS para que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia, traslade de manera indexada y con cargo a su propio peculio a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje

con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro.

QUINTO: ORDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a informar a la demandante, dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoriada esta sentencia, la fecha y capital que traslada a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, los que deberán ser discriminados detalladamente con sus respectivos valores, respecto de los ciclos, IBC, aportes y demás información inherente del traslado y/o retorno, con la que acredite plenamente y de buena fe el cumplimiento de esta sentencia.

SEXTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- para que una vez realizado el traslado ordenado en el numeral tercero y cuarto de la presente providencia, dentro del término de dos (2) meses siguientes acepte el traslado de la señora GLORIA AMPARO CARDONA LÓPEZ, sin solución de continuidad ni cargas adicionales, y proceda dentro del mismo término a actualizar la historia laboral de la señora GLORIA AMPARO CARDONA LÓPEZ.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS, PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES como partes vencidas en juicio y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán en los términos del artículo 365 y 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el Acuerdo PSAA 16–10554 del 05 de agosto de 2016. Se señalan como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a cargo de cada una de las entidades.

OCTAVO: Si no fuera apelada la presente providencia por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, se remitirá en Grado Jurisdiccional de Consulta para ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali. Por secretaría dese cumplimiento a los demás ítems establecidos en el inciso final del art. 69 del CPT y S.S. (...)."

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación para que se revoque la condena en costas, en consideración a

que no participó en el traslado que realizó la actora al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad y negó el traslado que solicitó la actora porque lo presentó fuera del término legal y no hay un vicio del consentimiento probado. Para sustentar su recurso trajo a colación la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y de Bogotá - Sala Decisión Laboral bajo el radicado 2015-527- 2014 - 450 donde deciden revocar la condena impuesta a su representada por concepto de costas.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada judicial de la DEMANDANTE insiste en los argumentos presentados ante el juzgado y solicita que se confirme la sentencia de instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, y si se debe revocar la condena en costas impuesta a COLPENSIONES.

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.

COLFONDOS S.A. y **PROTECCIÓN S.A.** no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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.

Así las cosas, la Sala considera que la 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.

Así que las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, la administradora en la que se encuentre la afiliada debe devolver la totalidad del capital ahorrado, aportes voluntarios, saldos de cuentas no vinculadas, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, comisiones, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

‘La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.’”

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 acuerdo a lo anterior, se confirma la sentencia que ordenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GLORIA AMPARO CARDONA LÓPEZ, tales como de forma enunciativa, cotizaciones obligatorias, rendimientos, bonos pensionales, gastos de administración,

comisiones, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima, saldos de cuentas no vinculadas, aporte voluntario si los hubiere, porcentajes con destino a pagar las primas de seguros y reaseguro. Respecto a las cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro descontadas, las mismas también deberán ser trasladadas a COLPENSIONES de manera indexada con cargo a su propio peculio; y a COLFONDOS SA le ordenó trasladar de manera indexada y con cargo a su propio peculio a COLPENSIONES-, los valores que hubiere recibido por concepto de cuotas de administración, porcentaje con destino al fondo de garantía de pensión mínima y los porcentajes de las primas de seguros y reaseguro.

En lo que atañe a la prescripción de la acción de nulidad debe decirse que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos, como consecuencia de no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso. Esta figura jurídica, generalizada en todo el ordenamiento encuentra distintos términos en cuanto a la extinción de las acciones se refiere, según el campo del derecho en el que se encuentre.

Pues bien, en tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se debe recurrir a las normas comunes a fin de determinar la prescripción de las acciones, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia SU 567 de 2015 con fundamento en el artículo 48 Superior ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dejó dicho, resulta imprescriptible, consideraciones que son aplicables también para el argumento que se señala esa administradora respecto a que la devolución de los gastos de administración se encuentra prescrita, pues esta devolución tiene el objetivo de aliviar las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo que se hace imprescriptible

Se mantiene la condena en costas impuesta a Colpensiones por cuanto son objetivas y la demandada fue vencida en el presente proceso, pues se opuso 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 **COLPENSIONES** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

V. DECISIÓN

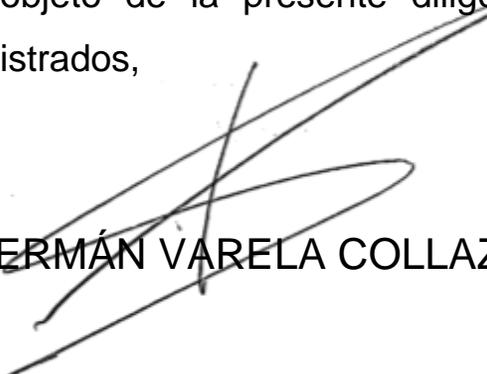
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 27 del 9 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

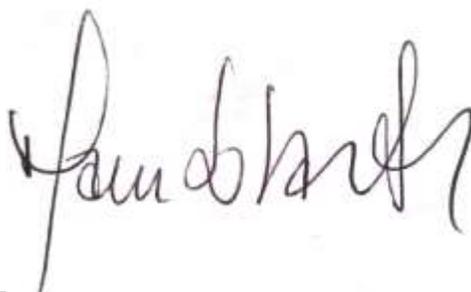
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES** a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO