REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	LUIS ALBERTO LENIS CORREA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501620220034501
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 MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 237

En Santiago de Cali, a los nueve (9) días del mes de mayo de dos mil veintitrés (2023), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de su homóloga de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO**, 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 junio de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES, así como la consulta a favor de ésta en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria proferida el 10 de abril de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 158

I. ANTECEDENTES

LUIS ALBERTO LENIS CORREA 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 ineficacia de su afiliación a **PORVENIR S.A.** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad del capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual.

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, que 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 al RAIS, que la selección de cualquiera de los regímenes existentes es una potestad única y exclusiva del afiliado; que en el evento en que se accedan a las pretensiones de declararse la ineficacia del traslado solicita que se ordene a los fondos administradores del RAIS que le reintegren a totalidad de lo que ha cotizado la demandante, es decir: i) los recursos de la cuenta individual de ahorro individual, ii) cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) rendimientos, iv) anulación de bonos pensionales, y v) porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali resolvió:

> *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.*
>
> *SEGUNDO: DECLARAR la Ineficacia de la afiliación de la demandante LUIS ALBERTO LENIS CORREA con PORVENIR S.A.*

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de LUIS ALBERTO LENIS CORREA al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A, una vez ejecutoriada esta providencia, realizar el traslado de todos los dineros cotizados en la cuenta de ahorro individual de LUIS ALBERTO LENIS CORREA a COLPENSIONES.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas, Tásense como agencias en derecho el valor de 1 Salario Mensual Vigente para cada una. Inclúyase por la secretaría del Juzgado. Las costas serán pagadas en partes iguales por los demandados.

SEXTO: ENVÍESE el expediente al superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por ser adversa a COLPENSIONES."

II. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación, indica que en la sentencia no se indicó que las administradoras tienen el deber de reintegrar a su representada todos los valores que hubieran recibido con motivo de la afiliación de la demandante, los rendimientos, el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, bonos pensionales y el porcentaje de los seguros previsionales con cargo al propio patrimonio de cada AFP y de manera indexada.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. insistieron en los argumentos presentados 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 **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las

consecuencias de la ineficacia, si prospera o no la excepción de prescripción.

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

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarle, 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 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.

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, Sl19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

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 la juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A..

De tal suerte que, 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, es procedente devolver los gastos de administración, primas de la aseguradora y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, de forma

indexada, 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 la sentencia SL4360 de 2019 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). (…)"*

Por tanto, le asiste razón al apoderado judicial de COLPENSIONES en el recurso de apelación cuando indica que la sentencia se debe adicionar, pues en ella se ordenó la devolución de las cotizaciones solamente y de acuerdo al precedente jurisprudencial citado también procede que la AFP demandada reintegren a COLPENSIONES los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio y de forma indexada, los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

Entonces, el numeral cuarto de la sentencia se adicionará en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. a reintegrar los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio y de forma indexada, por el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos

financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C..

También se adiciona la sentencia en el sentido de ordenar que los conceptos a devolver, sean discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se le concede a PORVENIR S.A. el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar al demandante su historia laboral.

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.

De conformidad a lo expuesto se modifica la sentencia consultada y apelada. Sin costas en esta instancia, porque el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES prosperó.

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: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia No. sentencia condenatoria proferida el 10 de abril de 2023, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, el cual quedará así: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. devolver a COLPENSIONES las cotizaciones efectuadas por LUIS ALBERTO LENIS CORREA al RAIS, los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, con cargo a su propio patrimonio y de forma indexada, los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.,

También se adiciona la sentencia en el sentido de ordenar que los conceptos a devolver, sean discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, para lo cual se le concede a PORVENIR S.A. el término máximo e improrrogable de treinta (30) días, a partir de la ejecutoria de la sentencia, y una vez recibidos, por COLPENSIONES, ésta contará con el mismo término para actualizar y entregar al demandante su historia laboral.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

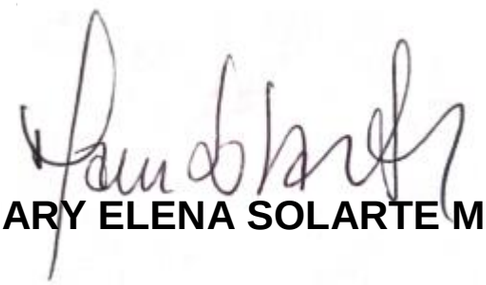
Esta providencia será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el enlace https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36, y se notifica por Edicto que fijará la Secretaría de la Sala Laboral en el enlace

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

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: **34feee4fcfbc2493938baeb0bbe954f9b633de6b53609ff72b6f200879e6960a**
Documento generado en 31/05/2023 07:18:13 PM

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