

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|------------|--|
| PROCESO | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA. |
| DEMANDANTE | CÉSAR GERARDO CORTÉS MORENO |
| DEMANDADOS | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - PORVENIR S.A. – |
| RADICACIÓN | 76001310500220190059202 |
| TEMA | INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. |
| DECISIÓN | SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA. |

AUDIENCIA PÚBLICA No. 354

En Santiago de Cali, a los ocho (8) días del mes de agosto 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 de 2022, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES**, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 170 del 7 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 244

I. ANTECEDENTES

CÉSAR GERARDO CORTÉS MORENO 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 de su afiliación al régimen de ahorro individual y su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, y se condene a **PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que ha recibido con motivo de su traslado y afiliación.

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 el demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, lo cual fue una decisión en la que el extinto ISS hoy COLPENSIONES no podía inferir, y que no es dable ordenar traslado de régimen alguno de un afiliado cuando faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, dado que es una prohibición legal.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de CÉSAR GERARDO CORTÉS MORENO con la AFP PORVENIR S.A

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, aceptar el regreso de CÉSAR GERARDO CORTÉS MORENO al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A, una vez ejecutoriada esta providencia, proceda a realizar el traslado de todos los dineros que aparezcan consignados en la cuenta de ahorro individual de CÉSAR GERARDO CORTÉS MORENO a COLPENSIONES, tales como bonos pensionales y demás valores a los que esté obligado a devolver al sistema.

QUINTO: CONDENAR en costas a las partes vencidas en juicio. SE tasan en la suma de \$2.000.000 para cada una de las entidades demandadas.

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

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia. Aduce que el traslado del actor fue libre y voluntario; que no se demuestra los vicios de nulidad que se alegan, indica que no tuvo injerencia en la decisión de traslado del actor, y que se debe garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, aplicándose la jurisprudencia y normas vigentes para la época del traslado.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **PORVENIR S.A.** solicitó que se confirme la sentencia, por su parte las apoderadas judiciales de **COLPENSIONES** y del **DEMANDANTE** insistieron en los argumentos expuestos en el juzgado.

V. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Se resolverá 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 y 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, SI19447 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, ni que tal voluntad queda ratificada con la permanencia en el fondo de pensiones, pues el consentimiento informado se da es en actos previos al traslado, lo cual no se demostró.

Así las cosas, la Sala considera que la 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.

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, la sentencia se debe adicionar, pues en ella se ordenó la devolución de las cotizaciones y bonos pensionales, pero de acuerdo al precedente jurisprudencial citado también procede que las AFP

demandada reintegre 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 de la 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.

Se confirma la condena en costas por ser objetiva, y está a cargo de la parte vencida en juicio, por tanto, al no haberse dado prosperidad a la oposición que presentó COLPENSIONES, procede su condena.

Las razones anteriores son suficientes para modificar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** a cargo de 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.

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: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia No. 170 del 7 de julio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** las cotizaciones efectuadas por **CÉSAR GERARDO CORTÉS MORENO** en el RAIS, 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..

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: COSTAS a cargo de **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.

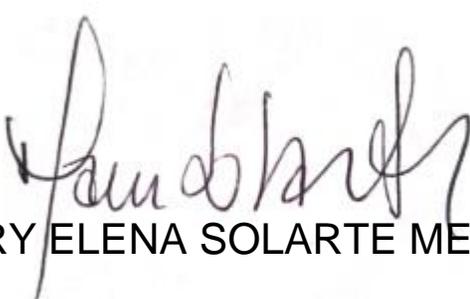
Esta providencia será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>, y se notifica por Edicto que fijará la Secretaría de la Sala Laboral en el enlace <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-cali-sala-laboral/146>. 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: **6a8f5e26dbf84c874dca6f0bcfbd519c01d1f7b0df4e2fce4c0940a5c25c4082**

Documento generado en 08/08/2023 11:44:23 AM

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