REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	EUNICE BORJA ORDÓÑEZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310500220220035001
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 355

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 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 del 2 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 245

I. ANTECEDENTES

EUNICE BORJA ORDÓÑEZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN S.A.** - con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacía el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES sus los aportes, rendimientos los que deberán acreditarse en los términos de semanas de acuerdo al salario base de cotización, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los frutos e intereses como lo dispone el art. 1746 del C.C..

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones e indica que la demandante inicialmente se trasladó a PORVENIR S.A., por lo que al momento de afiliarse a SKANDIA S.A. ya traía conocimiento sobre el funcionamiento del RAIS, aunado a la información que ésta le suministró; por tanto, que la afiliación fue libre, voluntaria y unilateral.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y expone que el traslado que realizó fue libre y voluntario sin que se demuestre el vicio en el consentimiento alegado en la demanda; que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las administradoras de fondo de pensiones COLPENSIONES y PROTECCION S.A*
SEGUNDO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de **EUNICE BORJA ORDOÑEZ** con la **PROTECCION S.A

***TERCERO: ORDENAR** a **COLPENSIONES,** aceptar el regreso de **EUNICE BORJA ORDOÑEZ** al régimen de prima media con prestación definida, que éste administra.*

***CUARTO: ORDENAR** a **PROTECCION 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 **EUNICE BORJA ORDOÑEZ** a COLPENSIONES, tales como ha aportes, bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los valores descontados por gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora. En fin, todas las los dineros que hayan ingresado a su cuenta de ahorros que sean objeto de la devolución ordenada.*

***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; aduce que la demandante se encuentra en la prohibición legal establecida en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, al faltarle menos de diez años para alcanzar la edad pensional, pues cuenta con 51 años de edad; indica que la actora no demostró que hubiera sido engañada por la AFP, y por el contrario no manifestó ninguna inconformidad durante todo el tiempo en que ha permanecido afiliada ahí.

Aduce que con la decisión se trasgrede el principio de sostenibilidad financiera del sistema, por lo cual, solicita que se aplique el marco

normativo y jurisprudencia constitucional que regula las causales para que proceda el traslado de régimen.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las apoderadas judiciales de **COLPENSIONES** y la parte **DEMANDANTE** insiste en los argumentos expuestos en el juzgado de instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Se resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN 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**, contrario a lo que alegan las demandadas, 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.

PROTECCIÓN S.A. no demostró que cumplió con el deber, que le 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, ni que tal voluntad queda ratificada con la permanencia en el fondo de pensiones como lo alega COLPENSIONES en el recurso, 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 de la 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 la administradora, lo cual 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, se confirma la sentencia, pues en ella se ordenó la devolución de los gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima con cargo al propio patrimonio, sin embargo, se adiciona para ordenar que la devolución de dichos emolumentos se realice de forma indexada.

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 PROTECCIÓN 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.

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

De conformidad a lo expuesto se adiciona la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte actora, inclúyase 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 del 2 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, según lo indicado por la juez en la audiencia, en razón a que el acta no es fidedigna a su decisión, en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.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. En todo lo demás se confirma el numeral.

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 PROTECCIÓN 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.

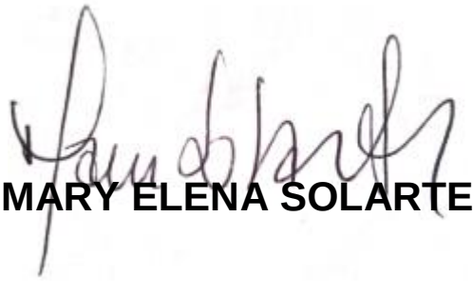
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte actora, inclúyase en la liquidación de esta instancia, la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

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: **b47ea0037f62f8a325641e76d321c51cf2ff63dfe564e45c6430f526245f6f65**
Documento generado en 08/08/2023 11:44:24 AM

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