

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	ONEYDA SÁNCHEZ ARGÁEZ
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -.  ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..  SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310501320180016901
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 249

En Santiago de Cali, a los trece (13) días del mes de octubre de dos mil veinte (2020), 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No.71 del 1° de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

## **SENTENCIA No.182**

### **I. ANTECEDENTES**

**ONEYDA SÁNCHEZ ARGAEZ** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** con el fin de que se declare la nulidad de su traslado de régimen pensional administrado por **PROTECCIÓN** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que por encontrarse finalmente afiliada a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se le ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones e indicó que **PORVENIR S.A.** cumplió el deber de información por ser una entidad de reconocida trayectoria, que no es competente para resolver la solicitud de nulidad de traslado.

**PROTECCIÓN** se opuso a las pretensiones e indicó que el traslado que realizó la demandante fue libre, voluntario y sin presiones porque cumplió el deber de información.

**PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones e indicó que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria el 7 de noviembre de 2001, sin que en la vinculación se hubiera presentado un vicio en el consentimiento; que brindó la asesoría requerida para la fecha de la afiliación.

### **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que ONEYDA SÁNCHEZ ARGÁEZ realizó a PROTECCIÓN y A PORVENIR y ordenó a PORVENIR la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación más los rendimientos.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de Colpensiones presentó el recurso de apelación. Indicó que no ha tenido participación dentro del traslado que realizó la demandante; que al decretar la ineficacia se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política; que la Corte Constitucional en la Sentencia SU130 de 2013 manifestó que únicamente los afiliados con 15 años de servicios o más cotizados al 1° de abril de 1994 pueden retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo; que en la sentencia T-489 de 2010 esa Corporación expresó:

*‘la sala se permite destacar dos ideas relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional, entre ellas son: a) la primera tiene que ver con la protección del capital pensional, no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les falta ya menos de diez años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema; b) desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entrar a beneficiarse a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras, y no por ellas mismas.*

*Así las cosas, la sostenibilidad financiera del sistema representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos*

*de manera sostenida e indefinida, en tanto que este tipo de procesos generan una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional a desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados’.*

Solicitó que en el caso de confirmar la declaratoria de la ineficacia del traslado, que en observancia al principio del equilibrio financiero, que además de los recursos de la cuenta de ahorro individual se ordene también la devolución de las cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, fondos pensionales, seguros provisionales, cuotas de administración de conformidad a las sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 8 de septiembre de 2008, SL17595 de 2017, SL 4989 de 2018.

pidió que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada o en su defecto se condene al fondo privado la devolución de lo antes indicado.

El apoderado judicial de **Porvenir S.A.** apeló la condena en costas procesales; dijo que su representada es un tercero de buena fe, que recibió a la demandante como afiliada sin perjuicio de la supuesta nulidad o ineficacia configurada en el acto de traslado de régimen; que se tenga en cuenta que no fue su representada quien efectuó el traslado cuestionado, por tanto, entendiendo que Porvenir no tiene facultades jurisdiccionales, como aquellas que por ley le competen al juez de la república, no puede pretenderse que su representada acceda a otorgar una solicitud de nulidad que no se configuró ante Porvenir.

Dijo que no es procedente el reintegro de gastos de administración, porque el art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7 de la Ley 797

de 2003 dispone que los montos sobre los cuales se calcula los ingresos bases de liquidación incluye el monto destinado a los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como los gastos de administración, por lo que ya no cuenta con esas sumas al haberla girado a terceros.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, se presentaron los siguientes alegatos, en los que se solicita la revocatoria de la sentencia de instancia:

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES**

La apoderada judicial de Colpensiones solicitó que se revoque la sentencia de instancia. Reiteró lo dicho en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación; agregó que el juez la aplicó en forma genérica la carga dinámica de la prueba sin ninguna ponderación y en desigualdad de las partes involucradas en el proceso. La regla general es que corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que exhibe y atendiendo las situaciones particulares del caso, el juez puede invertir la carga de la prueba exigiendo probar determinado hecho, pero en el presente caso al invertir la carga de la prueba en cabeza de los fondos exime al demandante de aportar soporte alguno que demuestre la existencia de un vicio, fuerza o dolo al momento de afiliarse al RAIS, obligando a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en una de las partes, sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante.

## **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

Entones, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A.. En caso afirmativo, determinar cuáles

son las consecuencias prácticas de tal declaratoria y si con ellas se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, si se debe revocar la condena en costas a PORVENIR S.A., y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR S.A., 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.

**PORVENIR** 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 el Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado tal y como lo pidió la apoderada de COLPENSIONES, serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, PORVENIR S.A. debe devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones 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 el demandante permaneció afiliado 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.’”*

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se adiciona el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. que devuelva a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio. De igual manera, PROTECCIÓN deberá devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio por el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Por lo anterior, la orden que se dio a COLPENSIONES de recibir al demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema como lo alega la recurrente, pues como quedó dicho, recibirlo se correlaciona con

la devolución que debe hacer PORVENIR S.A. y PORTECCIÓN S.A. como quedó dicho 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 mantiene la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. por cuanto son objetivas y dicha entidad 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, precisando el numeral segundo respecto a los gastos de administración. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de 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: ADICIONAR** el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 71 del 1° de marzo de 2020, proferida

por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que se ordena a **PORVENIR S.A.** entregar a COLPENSIONES las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, teniendo en cuenta el periodo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante. Asimismo, se ordena a **PROTECCIÓN** a entregar a COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, teniendo en cuenta el periodo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

Esta providencia queda notificada 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/sentencias>.

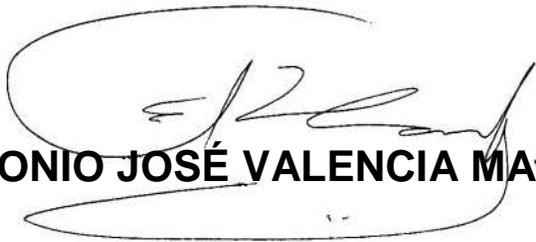
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,



**GERMÁN VARELA COLLAZOS**

**MARY ELENA SOLARTE MELO**

  
**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**

**Firmado Por:**

**GERMAN VARELA COLLAZOS**

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL**

**Despacho 002 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De  
Cali**

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:

**1b0f06135e66dfd42ed7fc20d3269f6fbedb67fb66f0b59b3ac54  
fd9df08e4b6**

Documento generado en 13/10/2020 03:04:51 p.m.