

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MARIO HERNÁN VILLEGAS PINEDA
DEMANDADOS	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	76001310500920190062701
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 261

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 el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No.161 del 8 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.194

I. ANTECEDENTES

MARIO HERNÁN VILLEGAS PINEDA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR** – y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, porque las Administradoras de ese régimen no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PROTECCIÓN** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y adujo que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

PROTECCIÓN indicó que no procede la nulidad de la afiliación por cuanto brindó la información requerida para que el demandante tomara una decisión libre de trasladarse, lo cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación; que el actor después de 21 años no puede endilgarle la responsabilidad de la decisión que tomó de manera libre e informada.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante el no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Indicó que el demandante recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme se desprende de la solicitud de afiliación, garantizándose el derecho de retracto.

Dijo que lo que se debía demandar es la ineficacia del traslado y no la nulidad; que no hay no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que el demandante tiene capacidad para elegir a cuál régimen afiliarse y era su deber informarse respecto al acto de afiliación que incidía en su futuro; que no existe norma que disponga la nulidad de la afiliación por ausencia de información; que actuar como administradora fue de buena fe. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción de la acción y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó MARIO HERNÁN VILLEGAS PINEDA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PROTECCIÓN la devolución de los aportes, bonos pensionales, con los rendimientos que se hubieren causado sin descontar el porcentaje de los gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado al régimen que administra y la condenó en costas. Envío en consulta de la sentencia a favor de Colpensiones por la condena en costas. Absolvió a PORVENIR S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia, indicó que para que proceda el traslado de régimen se debe tener la permanencia de cinco años en el régimen del que se quiere desvincular y que no le falten diez años o menos para cumplir la edad pensional.

Adujo que el demandante después de 20 años de haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad pretende responsabilizar a COLPENSIONES de su decisión.

Indicó que el traslado se presume válido y cumple sus efectos en el mundo jurídico puesto que no ha sido desvirtuado por el demandante, pues el acto de afiliación no contiene vicio alguno que conlleve a su anulación, *“ya que fue expedido por autoridad competente, conservando la ritualidad exigida para su creación y ejecutoria, y su motivación es consistente y congruente con las normas superiores que regulan lo concerniente al traslado”*; que el acto jurídico no adoleció de ningún vicio del consentimiento para contraer obligaciones, pues el demandante no ha demostrado que se encuentra en algún estado de interdicción que le impidiera válidamente tomar la decisión que tomó.

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 de Colpensiones expuso los argumentos que señaló en instancia para decir que no es legal ni procedente acceder a la pretensión

de nulidad frente al traslado realizado al régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo cual, el demandante debe permanecer ahí por ser el que eligió de forma libre, espontánea y sin presiones.

ALEGATOS DE PORVENIR

La apoderada judicial de Porvenir S.A. solicito se mantenga incólume la sentencia apelada en lo relacionado con su representada, porque ésta siempre actuó con honestidad, rectitud y transparencia al efectuar la afiliación del demandante y durante el tiempo en que administró los recursos de este.

ALEGATOS DE MARIO HERNÁN VILLEGAS

La apoderada judicial del demandante solicitó que se confirme la sentencia, en la medida que en el proceso no se demostró que la AFP demandada hubiera cumplido con el deber de información para con su representado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Juez remitió el proceso en grado jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES respecto a la condena en costas; no obstante, la Sala consulta la sentencia en su integridad a favor de COLPENSIONES, por cuanto se le ordenó no solo pagar costas, sino recibir al demandante como afiliado, los aportes, bonos pensionales, los rendimientos que se hubieren causado en PROTECCIÓN sin descontar el porcentaje de los gastos de administración.

Entones, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a

PORVENIR y a PROTECCIÓN. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria y si éstas afectan o no la sostenibilidad financiera del Sistema.

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.

En tal sentido, ese deber de información no 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; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado, como equivocadamente lo dice el apoderado de COLPENSIONES, pues con ellos 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 y **PROTECCIÓN** no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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, procede la ineficacia del traslado que realizó el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por **PROTECCIÓN**, y sus posteriores afiliaciones a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**, ahora **PORVENIR S.A.**, y finalmente a **PROTECCIÓN**.

En razón a que la Juez solo declaró la ineficacia del traslado respecto a **PROTECCIÓN**, la Sala extiende tal declaración respecto a las afiliaciones que realizó el actor a **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS**, ahora **PORVENIR S.A.**, del 1° de agosto de 2000 hasta el 31 de marzo de 2004¹, y a **PROTECCIÓN** a partir del 1 de abril de 2004.

¹ Fl. 195 Historial de Vinculaciones-SIAFP ASOFONDOS

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, se 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 y en razón a la consulta a favor de COLPENSIONES, se adiciona el numeral cuarto de la sentencia, que fue aclarado al min. 42:40 al min. 43:25, en el sentido de ordenar a PROTECCIÓN 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 indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio,

por los periodos en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora desde el 12 de marzo de 1998 hasta el 31 de julio de 2000, y desde el 1° de abril de 2004 en adelante.

De igual manera, se ordena a PROVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los gastos de administración indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio, en virtud a la absorción de que hizo de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por los periodos en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora desde el 1° de agosto de 2000 hasta el 31 de marzo de 2004.

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 PROTECCIÓN de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, las comisiones, los gastos de administración indexados. y la devolución que realizará PROVENIR de su patrimonio de los las comisiones y los gastos de administración indexados.

Respecto a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra el derecho a la seguridad social es irrenunciable, el cual resulta imprescriptible.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia 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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia identificada con el No. 161 del 8 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido extender la declaratoria de la ineficacia respecto a las afiliaciones que realizó MARIO HERNÁN VILLEGAS PINEDA a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, ahora PORVENIR S.A. desde del 1° de agosto de 2000 hasta el 31 de marzo de 2004, y a PROTECCIÓN, a partir del 1° de abril de 2004.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 161 del 8 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, teniendo en cuenta la aclaración que realizó la juez en el min. 42:40 al min. 43:25 de la sentencia, en el sentido **ORDENAR** a **PROTECCIÓN** 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 indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora desde el 12 de marzo de 1998 hasta el 31 de julio de 2000, y desde el 1° de abril de 2004 en adelante.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia para **ORDENAR** a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** los gastos de administración indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio, por el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual del demandante, en virtud de la

absorción que hizo de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por los periodos en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora desde el 1° de agosto de 2000 hasta el 31 de marzo de 2004.

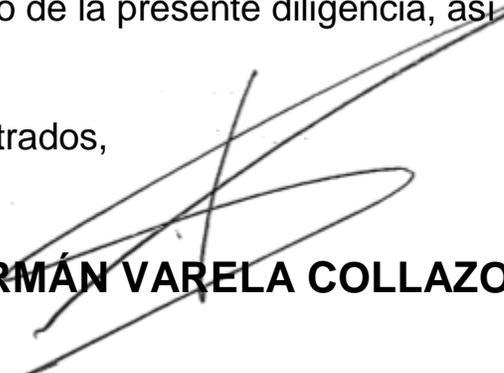
CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia 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.

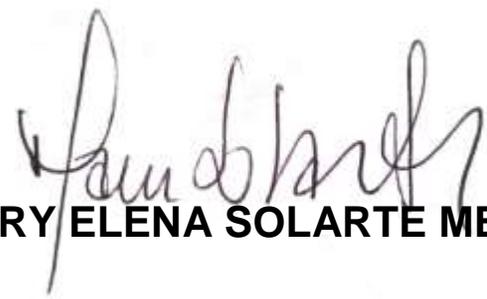
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

c2ee16acc220781e20b03299fae2a5eb4c157b1544e2c85c0c2
c107198c0cac4

Documento generado en 13/10/2020 03:04:20 p.m.