

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MARÍA VICTORIA DÍAZ MORENO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS ROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310501420190039601
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No.26

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de enero de dos mil veintiuno (2021), 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 COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No.258 del 18 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.20

I. ANTECEDENTES

MARÍA VICTORIA DÍAZ MORENO demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN** –, y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR** – y con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al AFP porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado a **COLPENSIONES** la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones e indica que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria por parte de la demandante, y no tuvo injerencia en esa decisión.

PORVENIR S.A. se opone a las pretensiones de la demandante; aduce 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 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 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 demandante; que a la demandante 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 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.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones. Señala que cumplió con el deber de información vigente a la fecha del traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que MARÍA VICTORIA DÍAZ MORENO realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por PROTECCIÓN y PORVENIR; ordenó el traslado de todo el capital de la cuenta de la afiliada, los rendimientos y el bono pensional, si lo hubiera.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación; señala que la demandante se encuentra válidamente afiliada al

régimen de ahorro individual por decisión propia como lo demuestra la respectiva firma en el formulario de afiliación, sin mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado referenciado, razón por la cual es al fondo privado de pensiones a quien le corresponde resolver su situación pensional; solicita que se revoque la sentencia, porque la afiliación es válida, y con el traslado se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

Solicita que se revoque la condena en costas, toda vez que las circunstancias en las que se dio el traslado de régimen pensional, eran ajenas a la entidad.

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:

ALEGATOS COLPENSIONES

La apoderada judicial COLPENSIONES insiste en los argumentos del recurso y solicita en el evento en que se confirme la sentencia se condene a la ADMINISTRADORAS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver en lo que concierne a los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por los periodos en que administraron las cotizaciones de la demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguros provisionales y el porcentaje destinado al fondo de garantías de pensión mínima, a cargo de su propio patrimonio, con los rendimientos que hubiera producido de no haberse generado el traslado. De igual forma, respecto a la condena en costas a Colpensiones, solicita sea revocada esta decisión, toda vez que las circunstancias en las que se dieron los traslados de régimen pensional, eran ajenas a la entidad.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR solicita que en lo relacionado a su representada se mantenga incólume la sentencia, en la medida en que siempre actuó con honestidad, rectitud y transparencia al efectuar la afiliación de la demandante y durante el tiempo en que administró los recursos de esta; la asesoría proporcionada fue completa, veraz y suficiente.

ALEGATOS DE PROTECCIÓN

El apoderado judicial de PROTECCIÓN señala que no procede la devolución de los gastos de administración.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá de manera conjunta el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y la consulta en lo que no fue objeto de apelación, aun cuando el juez indicara en su providencia que no procede la consulta, pues lo cierto es que COLPENSIONES se ve afectada con la decisión adoptada por el juzgado. En tal sentido, se resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PROTECCIÓN y a PORVENIR. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si hay lugar a revocar la condena en costas impuestas a Colpensiones.

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 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.

PROTECCIÓN y **PORVENIR** no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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.

Así las cosas, la Sala considera que el juez acertó en su decisión de declarar la nulidad de la afiliación de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad realizada en Protección y posteriormente a PORVENIR S.A..

En cuanto a 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, las **AFP** 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 la 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 segundo de la sentencia en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** que además de los aportes, rendimientos y el bono pensional si lo hubiera, 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, se ordena a **PROTECCIÓN** a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante, decisión que se adopta en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en consideración a que desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Por lo anterior, la orden que se dio a **COLPENSIONES** de recibir al demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues como quedó dicho, recibirlo se correlaciona con la devolución de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, los rendimientos las comisiones y los gastos de administración.

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 COLPENSIONES 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 y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 258 del 18 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que se ordena a **PORVENIR** 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. De igual manera, se ordena a **PROTECCIÓN** devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

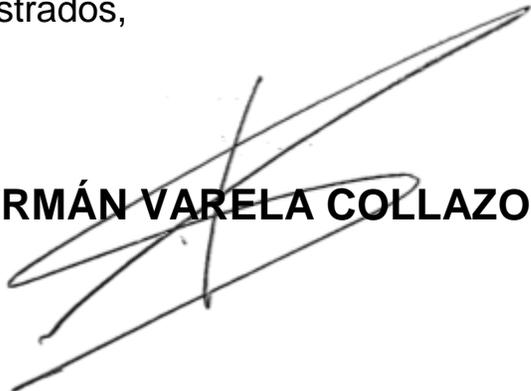
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

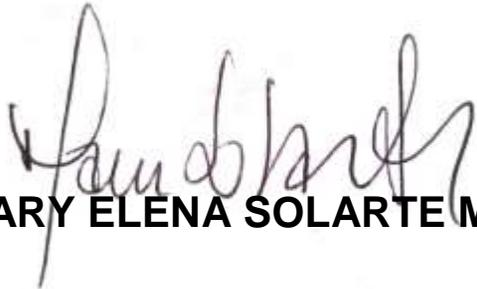
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

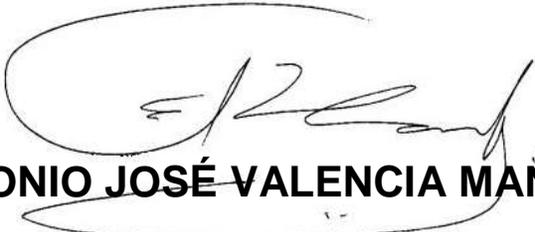
Intervinieron los Magistrados,



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:

**4af073978084f70d1c15970b8484b910cc2ea7fc64062382a6d6
20c54458c105**

Documento generado en 29/01/2021 08:45:41 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

a