

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	CLAUDIA ANTONIA MORENO CÁRDENAS
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310501020180006001
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 338

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio 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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta de la sentencia condenatoria No. 199 del 21 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada Melani Vanessa Estrada Ruiz en calidad de apoderada judicial de PORVENIR S.A..

## **SENTENCIA No. 260**

### **I. ANTECEDENTES**

**CLAUDIA ANTONIA MORENO CÁRDENAS** demanda 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 S.A.** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de su cuenta de ahorro individual.

**COLPENSIONES** se opone a las pretensiones y aduce que el traslado que efectuó la demandante al RAIS es válido porque se efectuó de forma libre y voluntaria, y el traslado no procede porque le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional.

**PORVENIR S.A.** se opone a las pretensiones; señala que le brindó a la demandante la información requerida para la época, lo cual se prueba con el formulario de afiliación.

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

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **CLAUDIA ANTONIA MORENO CÁRDENAS** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro

Individual con Solidaridad y ordenó a PORVENIR S.A. la devolución de los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hubiera percibido, sumas adicionales de fondos de pensiones de pensión de sobrevivientes, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración, comisiones recibidas, y cualquier suma de dinero que hubiera recibido por concepto de aportes durante el tiempo que el demandante estuvo aportando a los fondos privados AFP PORVENIR S.A..

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia; indica que en cuanto al deber de información no vulneró derechos de la demandante por no suministrar información, tal y como lo ha pretendido el Despacho en sus consideraciones, teniendo en cuenta la normatividad legal vigente al momento en que la demandante decidió afiliarse al régimen de ahorro individual en cabeza de su representada.

Indica que la normatividad que regía para las administradoras es el Decreto 3466 de 1982 que en su artículo 14 exigía brindar una información veraz y suficiente, tal y como sucedió en el caso de la demandante, por ello es que decidió afiliarse a la Administradora del Régimen Individual. Así mismo, existe el Decreto 663 de 1993 que en el art. 30 establece una obligación en cabeza de las administradoras de brindar una información necesaria para que las operaciones que se realicen sean de manera transparente. Reiteró que su representada le brindó a la demandante elementos claros y suficientes acerca de las características y consecuencias que implicaba afiliarse al régimen de ahorro individual y permanecer ahí.

Refiere que la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 estableció que la elección de los regímenes pensionales debería ser libre y voluntaria, es claro que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria con Porvenir S.A., no fue coaccionada y además de ello, el formulario de afiliación que se suscribió con su representada nunca fue tachado de falso.

Indica que el Decreto 656 de 1994 establece las obligaciones que tenían las Administradoras para esa época, sin embargo no se menciona la de entregar información a los afiliados como se exige hoy en día, las cuales fueron desarrollados a través de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2008, y a través de la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las cuales no son aplicables retroactivamente y, por tanto, que no le son oponibles a su representada conforme a la época de la afiliación.

Manifiesta que el juzgado ordenó la declaratoria de la nulidad, no obstante, en lo que se relaciona con la orden del despacho de devolver los gastos de administración y de las primas de seguro, se debe entender que su representada administró de manera diligente y oportuna los recursos que le fueron dados por parte de la demandante. Los gastos de administración cumplieron con un deber legal. Por ello, debe la demandante cubrir las pérdidas que se derivan de las restituciones mutuas esto es los valores de gastos de administración.

Señala que en cuanto a la prescripción, lo que se discute no es el derecho pensional de la demandante, porque su representada no está desconociendo su derecho pensional, pues ella puede acceder a la pensión de vejez en el RAIS. Lo que alega es una inconformidad por el

acto de afiliación, falta del deber de información, esta característica si es susceptible de prescripción de conformidad al art. 488 CST y 151 CPT.

**COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación respecto a la condena en costas, por cuanto la pretensión de ineficacia del traslado la debe definir la jurisdicción ordinaria laboral, pues su representada no tiene las facultades y competencias para resolver las solicitudes de ineficacia y traslado de aportes que realiza la demandante.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y la parte DEMANDANTE presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en instancia.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la nulidad del traslado o ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A. de devolver los gastos de administración, rendimientos y sumas adicionales de la aseguradora; y si se debe o no revocar la condena en costas a cargo de 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.

**PORVENIR 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.

Así las cosas, la Sala considera que el 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.

La ineficacia del traslado conlleva la devolución de las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio de PORVENIR S.A., los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. conforme lo ha expuesto la Corte en la sentencia CSJ SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, al señalarse en la última:

*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*

Por tanto, no le asiste razón a PORVENIR S.A. en su apelación, por lo cual, se confirman las órdenes emitidas a su cargo en la sentencia, pero se precisa en el sentido de indicar que los gastos de administración deberán ser devueltos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

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.

En consecuencia, avalar la posición de PORVENIR S.A. implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual no está llamado a prosperar el argumento de la recurrente y deberá confirmarse la sentencia apelada.

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.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de CLAUDIA ANTONIA MORENO CÁRDENAS. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como 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:**

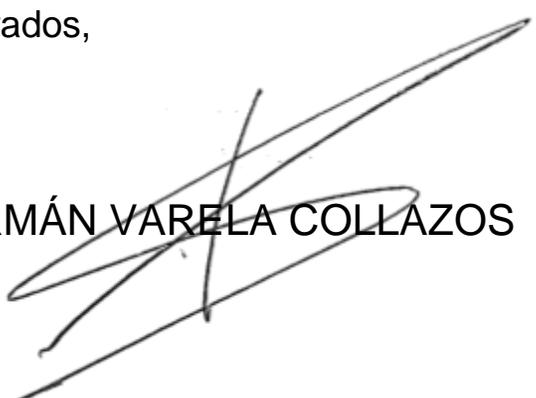
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 199 del 21 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, y **PRECISAR** en el sentido de indicar que los gastos de administración deberán ser devueltos por PORVENIR S.A. con cargo a su patrimonio.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** a favor de **CLAUDIA ANTONIA MORENO CÁRDENAS**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

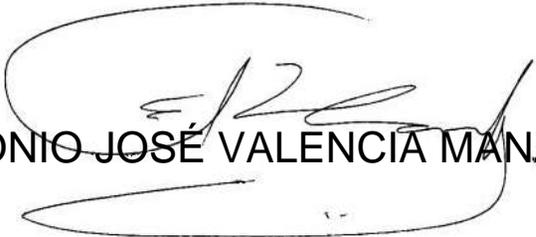
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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  
Sala 002 Laboral  
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:

**ca1d89c80ff41dc1a60d65f6d71a51a57214044d88489db40aebf9b666b  
ce53f**

Documento generado en 31/07/2021 04:27:00 AM

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