

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	CARLOS HUMBERTO CÁRDENAS MORENO
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310501220210034701
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 579

En Santiago de Cali, a los tres (3) días del mes de noviembre 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 las apoderadas judiciales de **PORVENIR S.A. PROTECCIÓN 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. 305 del 30 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 446

I. ANTECEDENTES

CARLOS HUMBERTO CÁRDENAS MORENO demandó 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** –, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación a **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual, el bono pensional y los gastos de administración.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que no tuvo injerencia en el traslado que realizó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual se realizó de manera libre y voluntaria

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria de acuerdo a sus facultades mentales y legales, sin que en la vinculación se hubiera presentado un vicio en el consentimiento; que brindó la asesoría requerida para la fecha de la afiliación; que el demandante tiene la obligación de informarse; que no existe una norma que disponga que por la ausencia del deber de información se genere la ineficacia de la afiliación.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones e indicó que la afiliación realizada por el demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones para administrar sus aportes

y se cumplió con todos los presupuestos de ley; que el formulario de vinculación contiene la firma del accionante, por tanto, no existió presión ni coacción para efectuar el traslado, el cual no está viciado en el consentimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que realizó CARLOS HUMBERTO CÁRDENAS MORENO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y **CONDENÓ** a **PROTECCIÓN** a devolver a COLPENSIONES todos los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, saldos de cuenta de rezago y cuentas de no vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas y, los aportes voluntarios, si los hubiere, se entregarán al demandante si fuere el caso; **CONDENÓ** a **PROTECCIÓN Y PORVENIR** a devolver los gastos de administración previstos en el literal q) del artículo 13 y artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por el periodo en que administraron las cotizaciones del demandante, todo tipo de comisiones, las primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio con los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia; indica que el traslado tiene validez porque se realizó conforme a las normas vigentes a la fecha del traslado, que la única exigencia era que la voluntad se expresara por medio del formulario de afiliación; que no se demostraron actuaciones dolosas respecto a la afiliación de los

demandantes, que no se debe desconocer la responsabilidad de los demandantes en el acto jurídico de afiliación, ni se debe alegar la propia culpa a favor; que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema, por lo cual los dineros que se ordenen devolver se deben realizar en concreto. Indica que se tengan como actos de relacionamiento el traslado que realizó entre administradoras del RAIS.

La apoderada judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación, alega que su representada sí cumplió con las obligaciones vigentes para el momento del traslado, que se le brindó una asesoría verbal de forma suficiente; que a la fecha de afiliación no estaba obligada a brindar información por escrito; que el demandante suscribió formulario de afiliación el cual de manera expresa indica que se realizaba de manera libre y voluntaria, conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo cual, que no se puede tener como un simple requisito formal, ni desconocer las consecuencias jurídicas que esa afirmación produce.

Dice que la obligación de informar las consecuencias del traslado a los afiliados, surgió con el Decreto 2071 de 2015, que modificó el Decreto 2555 de 2010; que su representada ha cumplido con las obligaciones legales que se encontraban vigentes desde el momento de la afiliación; no hay fundamento para decir que por la omisión de esta se pueda declarar la ineficacia del traslado; que en los hechos de la demanda no se demuestra la existencia de inconformidades del demandante.

Indica que la prospera la excepción de prescripción.

En cuanto a las consecuencias de la ineficacia, solicita que se revoque la orden de devolver los rendimientos, porque si se tiene que el vínculo con su representada nunca existió, tampoco se produjeron rendimientos a favor del demandante; indica que tampoco procede la devolución de los

gastos de administración, porque están consagrados en la ley y fue utilizada para generar rendimientos, además que no incumplió con sus deberes como administradora; el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima y sumas adicionales de la aseguradora tampoco proceden.

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** presentó recurso de apelación e indicó que no es procedente el traslado de los valores descontados por concepto de comisión de administración, porque se trata de una autorización legal dispuesta en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; no es procedente su devolución porque se trata de comisiones ya causadas que también se hubieran causado en el RPM, por lo que entregar esos dineros con los que ya no cuenta la AFP implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, las apoderadas judiciales de la parte DEMANDANTE y COLPENSIONES insistieron en los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR y PROTECCIÓN. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, y si prospera la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alegan PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN 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 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 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 la juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado está sala aplica las reglas que para el efecto ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, la cual ha sido reiterada de manera pacífica, entre otras, en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019, en el siguiente tenor:

“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.” Resalto fuera del texto original

Lo anterior, también lo señaló en la sentencia SL4360 de 2019 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). Resalto fuera del texto original*

A partir de lo anterior, no le asiste razón a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** cuando alegan que no procede la orden de devolver los gastos de administración y los rendimientos, porque en su sentir opera el artículo 1746 del C.C. que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras; esta sala indica que la orden de devolver los gastos de administración se da como consecuencia de la conducta indebida de la administradora que ha generado deterioros en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más no como una consecuencia de una nulidad sustanciales derivadas del derecho privado.

Así que, al omitirse el deber legal de información para con el demandante, debe asumir la devolución de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, así como la devolución de los rendimientos pues estos hacen parte del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, de igual manera, deberá devolver los valores integrales que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de cuenta de rezago y cuentas de no

vinculados, historia laboral sin inconsistencia de semanas por lo cual se confirma las órdenes de los numerales tercero y cuarto de la sentencia.

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 del actor, las comisiones y los gastos de administración. La sentencia contiene condenas en concreto, por lo que no le asiste razón a la apoderada judicial de COLPENSIONES cuando indica que las mismas se profieren en abstracto, lo cierto es que las sumas a devolver no son susceptibles de liquidarse en esta instancia pues son valores que día a día se siguen generando hasta que no se materialice el traslado.

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 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.

En lo atinente 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.

Se mantiene la condena en costas impuesta, por cuanto son objetivas y las demandadas fueron vencidas en el presente proceso, pues se opusieron 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. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un

salario mínimo mensual legal vigente por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una.

V. DECISIÓN

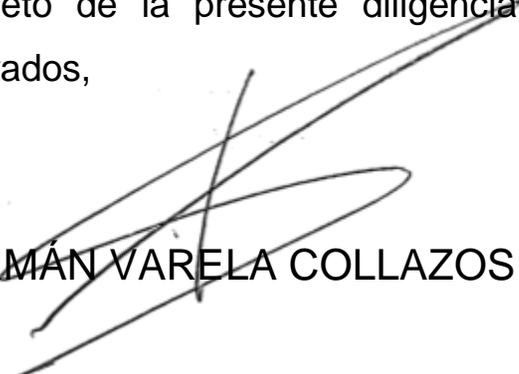
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

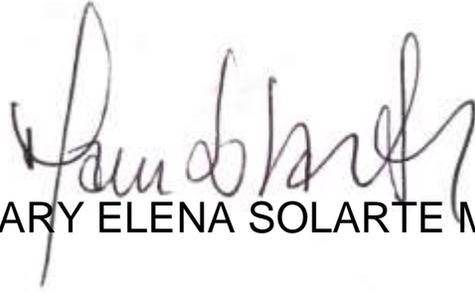
PRIMERO: CONFIRMAR No. 305 del 30 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente por concepto de agencias en derecho, a cargo de cada una.

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 - 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:

**8db736325a980ab8715ee5244db569c475e2ec95daf0b125e02
995c1107ee330**

Documento generado en 04/11/2021 12:18:29 AM

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

a