

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	DIANA LUCÍA TORRES ORTIZ
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN	76001310500820210039901
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. 628

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala 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 los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A., COLFONDOS, PROTECCIÓN y

COLPENSIONES, así como la consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 278 del 13 de octubre de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 484

I. ANTECEDENTES

DIANA LUCÍA TORRES ORTIZ 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.**-, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** –en adelante **PROTECCIÓN S.A.**- y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS**- con el fin de que se declare la ineficacia del traslado y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

PORVENIR S.A., COLFONDOS y PROTECCIÓN se oponen a las pretensiones indicando que le ofrecieron a la demandante la asesoría de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado y ella tomó la decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria. **COLPENSIONES** indicó que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEGUNDO: DECLARAR *la ineficacia del traslado que la demandante DIANA LUCÍA TORRES ORTÍZ, identificada con la Cédula de Ciudadanía 51.856.852, hizo del Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y en consecuencia esta AFP, deberá devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES E.I.C.E., todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación de la actora, como cotizaciones íntegras que incluye rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración debidamente indexados, estos últimos con cargo a su propio patrimonio. PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., deberán devolver debidamente indexados los gastos de administración durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada a estas AFPS, con cargo a su propio patrimonio. La demandante se encuentra válidamente afiliada a COLPENSIONES E.I.C.E.*

TERCERO: COSTAS *a cargo de COLFONDOS S.A. por haber sido vencida en el juicio. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000 a favor de la parte demandante.*

CUARTO: CONSULTAR *la presente providencia conforme el artículo 69 del C.P.T. Y S.S.; oficiar al Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la remisión del expediente al Superior.”*

II. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se declaren probadas las excepciones propuestas; indica que la afiliación cumplió con los requisitos vigentes al momento del traslado de régimen del actor; que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma, en el entendido que fue a partir del 1° de julio de 2010 que se considera

como obligatorio para su representada informe por escrito beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión, además que según los conceptos y circulares referentes a la materia se considera admisible que la información a quien quería vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad se suministrara de manera verbal, no dejando de ser por ello completa, transparente y verás, es de esta forma como las decisiones del demandante fueron de forma consciente, voluntaria y espontánea, por haber recibido la información de manera verbal, suscribiendo el formulario de afiliación que cumplía con los requisitos de la superintendencia, así como con lo señalado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Aduce que las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas de conformidad a los artículos 1750 CC, 488 del CST y 151 del CPTSS, conforme a la sentencia con radicación CSJ SL rad. 22125 de 2014.

Alega que no procede la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta el artículo 1746 del CC, del cual se afirma que las restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud de la ineficacia del acto de afiliación, no hay lugar a devolver los deterioros que se causen del acto jurídico, por tanto que, si se declara la ineficacia no hay lugar a que se le devuelva los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y los gastos de administración, porque éstos son los que se deben tener como las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes deben asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo; en cuanto a la orden de devolver los rendimientos, que bajo esa óptica es propio indicar que como no hubo afiliación, no existieron aportes ni rendimientos; y en cuanto a la orden de devolver el bono pensional si existiera se debe hacer es al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a Colpensiones.

Las apoderadas judiciales de **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN** interpusieron los recursos de apelación y solicitaron que se revoque el numeral que le ordenó devolver los gastos de administración indexados a cargo del propio patrimonio de sus representadas.

Explicaron que la comisión de administración son lo que cobran las administradoras de fondos de pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados; que de cada aporte del 16% del Ingreso Base de Cotización que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, su representada descontó el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley y como contraprestación de una buena gestión. Señaló que su representada ha administrado las cotizaciones de la demandante de forma eficiente, diligente y cuidadosa; lo cual se evidencia en los rendimientos financieros de la demandante.

Indica que lo único que debe ordenarse devolver son los aportes que están en la cuenta de ahorro individual, en razón a las restituciones mutuas establecidas en el art. 1746 del C.C..

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación; indica que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria como se dispone en los literales b) y e) el art. 13 de la Ley 100 de 1993; que la demandante no probó las causales de nulidad; que se encuentra inmersa dentro de la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años para pensionarse.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, PORVENIR reitera los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve el recurso presentado y la consulta a favor de COLPENSIONES, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia, si se debe revocar la orden de devolver los gastos de administración, y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR, 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., COLFONDOS y PROTECCIÓN 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 la 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.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alegan **PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración y los rendimientos, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento

sin justa causa por parte de Colpensiones, en razón a que recibirá los rendimientos financieros que generó en virtud de esos gastos de administración, y unas sumas de aseguradora que no se utilizan en Colpensiones, esta Sala indica que las consecuencias serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas de la aseguradora, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. 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, adoctrino:

[...]

‘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.’”

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).

En cuanto a la orden de devolver los gastos de administración, se confirma la decisión en consideración a que se fundamenta en que si la ineficacia del traslado se genera por la conducta indebida de las administradoras, entonces éstas 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, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal y como se ha desarrollado en la jurisprudencia antes referida en esta sentencia.

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 consideraciones que son aplicables también para el argumento que se señala esa administradora respecto a que la devolución de los gastos de administración se encuentra prescrita, pues esta devolución tiene el objetivo de aliviar las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo que se hace 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.

Se mantiene la condena en costas impuesta a PORVENIR 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. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES** y de **PORVENIR**

S.A. a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de cada una en esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de 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 condenatoria No. 278 del 13 de octubre de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

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

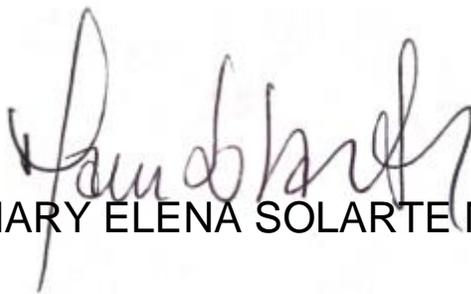
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

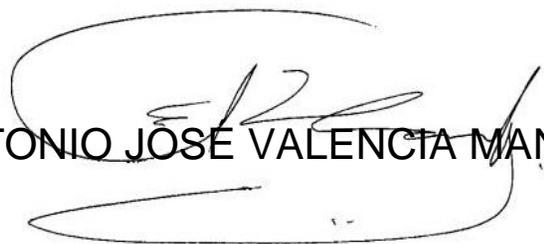
Intervinieron los Magistrados,

GERMÁN VARELA COLLAZOS

M.P. GERMÁN VARELA COLLAZOS
Radicación: 760013105-008-2021-00399-01
Interno: 18407



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: **dd81db89827297bb72ed202e9852fd5df986c9dbe1b5952b4cd6b866baa9be86**

Documento generado en 30/11/2021 09:07:35 PM

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