

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	SONIA GARCÍA OROZCO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍASPORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310501120180000401
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 251

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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR 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.164 del 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada María Fernanda Rodríguez Gutiérrez en calidad de apoderada sustituta de COLPENSIONES.

SENTENCIA No.184

I. ANTECEDENTES

SONIA GARCÍA OROZCO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – 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 nulidad de su afiliación a **PORVENIR** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que **PORVENIR S.A.** cumplió el deber de información por ser una entidad de reconocida trayectoria, que no es competente para resolver la solicitud de nulidad de traslado.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin que en la vinculación se hubiera presentado un vicio en el consentimiento; que brindó la asesoría requerida para la fecha de la afiliación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad de la afiliación que **SONIA GARCÍA OROZCO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a **PORVENIR** la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, entre ellas las cotizaciones, sumas

adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados y gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** presentó el recurso de apelación, solicitó que se revoque la sentencia, se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda.

Adujo que no vulneró los derechos de la demandante, negó el incumplimiento del deber de información, teniendo en cuenta la normatividad legal que les asistía a las administradoras de fondos de pensiones al momento en que la demandante decidió afiliarse.

Expuso que la normatividad que regía para las administradoras en esa época era 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 decidieron afiliarse a la Administradora del Régimen Individual. Así mismo, que el Decreto 663 de 1993 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 en aplicación de esas normas 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.

Dijo que la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 estableció que la elección de los regímenes pensionales debería ser libre y voluntaria, y que la demandante se afilió de manera libre y voluntaria con Porvenir S.A., no fue coaccionada y, además de ello, los formularios de afiliación que se suscribieron con su representada nunca fueron tachados de falsos.

Indicó que el Decreto 656 de 1994 establece las obligaciones que tenían las Administradoras para esa época, que nada menciona sobre la entrega información a los afiliados como se exige hoy en día; que el deber de información nació con 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 no le son oponibles a su representada conforme a la época de la afiliación.

Alegó que el juzgado ordenó la declaratoria de la nulidad, la cual se debe entender con las restituciones mutuas que se derivan de la aplicación de esta declaratoria específicamente el art. 1746 de CC; que con fundamento en ello, la orden de devolver los gastos de administración de las primas de reaseguro, se debe entender que su representada administró de manera diligente y oportuna los recursos que le fueron dados por parte de la demandante; que los gastos de administración cumplieron con un deber legal; por lo cual, la demandante debe cubrir las pérdidas que se derivan de las restituciones mutuas por los valores de gastos de administración.

En cuanto a la prescripción, dijo que lo que discute no es el derecho pensional de la demandante especialmente, porque su representada no está desconociendo su derecho pensional, pues 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 la prescripción regulada en los artículos 488 C.S.T. y 151 C.P.T.S.S..

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación; solicitó que se revoque la condena en costas, por haber sido ajena al traslado que realizó el demandante.

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 judicial de Colpensiones indicó que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Porvenir, por lo cual, esa administradora debe garantizar los derechos pensionales de la demandante.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Povernir s.a. solicitó que se revoque la sentencia de instancia y, en su lugar, que se absuelva a su representada. reiteró que proporcionó a la demandante una información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al régimen de ahorro individual, por ello, es que la demandante decidió realizar la suscripción del formulario de afiliación; que en cabeza de la demandante existen obligaciones por ser consumidora financiera e interesada en el acto de afiliación; que es improcedente el traslado de gastos de administración y que la acción reclamada se encuentra prescrita.

ALEGATOS DE SONIA GARCÍA OROZCO

El apoderado de la demandante reiteró los argumentos de la demanda y lo dicho ante el juzgado de instancia. Solicitó que se confirme la decisión del 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. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la orden que se le impuso a PORVENIR de devolver los gastos de administración y la condena en costas a COLPENSIONES, y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR 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 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.

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 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 nulidad 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 alega **PORVENIR** referente a 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 y rendimientos se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras 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, pues aquí lo que operó fue una ineficacia de la afiliación por ausencia de información.

Así 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, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio. En la sentencia SL4360 de 2019 en la rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* 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).

Por tanto, en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración la Sala precisará la sentencia indicando que tal devolución la hará PORVENIR S.A. con cargo al patrimonio.

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.

Se mantiene la condena en costas impuesta a COLPENSIONES por cuanto son objetivas y dicha entidad también 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, precisando el numeral segundo respecto a los gastos de administración. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una 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: PRECISAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 164 del 15 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una 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:

27115f62e80c6674b88ecece26dbd044bd9ec017a35c6eb2db3
1993e99375151

Documento generado en 13/10/2020 03:04:47 p.m.