

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	LUZ JEINER BEJARANO RINCÓN
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍASPORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310501720190013101
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 254

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 resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de PORVENIR S.A., y la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No.11 del 4 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.187

I. ANTECEDENTES

LUZ JEINER BEJARANO RINCÓN 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 más los rendimientos.

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 Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad de la afiliación que **LUZ JEINER BEJARANO RINCÓN** 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.

Indicó 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, si se tiene en cuenta la normatividad que existía al momento en que se realizó la afiliación con su representada.

Dijo que para la fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las AFP o en relación con el traslado del régimen pensional; sin embargo, que es la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado como norma aplicable a la entrada en vigor de la ley del Sistema General de Pensiones lo denominado como deber de información, que la entidad vigilada por la superintendencia financiera debe suministrar a los usuarios los servicios que presten, la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. No obstante, que no pueden pasarse por alto que al margen de la información que se le brindó a la demandante fue de manera verbal.

Señaló que fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015, la Ley 1748 de 2015 que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general; de hecho la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nace solo a partir del inciso 4° del artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 que modificó a su vez el art. 2.6.102.3 del Decreto 2555 de 2010; es decir que para el momento de la afiliación de la demandante en 1996 no se puede predicar una falta en el deber de la

información, debido a que en ese momento no existía la obligación de hacerlo.

Adujo que respecto a la supuesta posición dominante en la suscripción de un contrato de afiliación, aclaró que no se está frente a la suscripción de un contrato, sino frente a una mera afiliación al sistema de seguridad social en la suscripción de este acto no se pueden entrar a negociar las condiciones de la seguridad social, puesto que las mismas ya se encuentran taxativamente regladas en la ley 100 de 1993; por ello, también recae en cabeza de la demandante un deber diligente de informarse acerca del Sistema General de Pensiones. No solo cuando ya nos encontramos frente al siniestro de la vejez y cuando lo que aquí se discute es una inconformidad respecto a la mesada pensional, más no la nulidad del acto que la demandante suscribió con su representada.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración dijo que el artículo 1746 del CC establece los efectos de la declaratoria de nulidad así: *“la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada da derecho a las partes para ser restituidas al mismo estado en que se hallaría sino hubiera existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo previsto sobre el objeto o causa ilícita, en las restituciones mutuas que hayan que hacerse, los contratantes en virtud a este pronunciamiento será cada cual responsable de la pérdida de las especies o deterioro, de los intereses y frutos, del abono de mejoras necesarias, útiles o volutarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, la posición de mala o buena fe de las partes, todo ello según las reglas generales, sin perjuicio a lo dispuesto en el siguiente artículo”*.

Alegó que su representada obró de buena fe y de manera diligente en la administración de los aportes realizados por la parte demandante, sería improcedente ordenar la devolución de las cuotas de administración,

dinero que ya ha sido utilizado para la buena gestión de la administración de esos valores.

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 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.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entones, lo que la Sala resolverá es 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 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 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 no demostró que cumplió 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 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 el numeral cuarto de la sentencia indicando que tal devolución la hará PORVENIR S.A. con cargo a su 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 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 cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 11 del 4 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Diecisiete 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 patrimonio.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

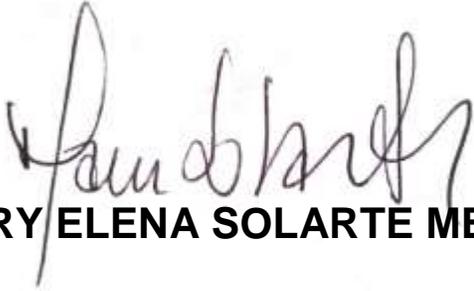
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

0a78ae8225830c8012b0378f87c1780b135fc5851340bbda8e1

333ea174b6bc8

Documento generado en 13/10/2020 03:04:55 p.m.