

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	FLOR ÁNGELA MUÑOZ MUÑOZ
DEMANDADOS	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -.
RADICACIÓN	76001310500720190063101.
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 244

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 **PROTECCIÓN S.A.** y la consulta a favor de **COLPENSIONES** en contra de la sentencia condenatoria No. 57 del 19 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería al abogado Carlos Steven Silva González en apoderado sustituto de COLPENSIONES.

SENTENCIA No. 177

I. ANTECEDENTES

FLOR ÁNGELA MUÑOZ MUÑOZ demandó 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** – y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**- en adelante **PROTECCIÓN**-, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PROTECCIÓN** y a **PORVENIR** porque no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** de su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la asegurada con los rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y expuso que el traslado a la fecha goza de plena validez, toda vez que es potestad única y exclusiva de la afiliada de manera libre y voluntaria sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaban 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada.

PROTECCIÓN se opuso a las pretensiones y expuso que la demandante al momento de la afiliación recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones en cumplimiento de los requisitos legales sin

que existiera vicio del consentimiento alguno, indicó que la demandante superó el cumplimiento de edad requerida para trasladarse de régimen, que no hizo uso del derecho de retracto. Propuso las excepciones de validez del traslado de la parte actora al RAIS, ratificación de la afiliación de la parte actora al régimen de ahorro individual con solidaridad y aplicación del principio de la primacía de la realidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe y la innominada.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y adujo que la afiliación de la demandante se hizo de manera voluntaria, libre de presiones o engaños, que la demandante conocía plenamente y con anterioridad la implicación de su decisión, que se le garantizó el derecho de retracto. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Séptimo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **FLOR ÁNGELA MUÑOZ MUÑOZ** 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, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su patrimonio, además que **PORVENIR** y **PROTECCIÓN** deben devolver el porcentaje de gastos de administración, que como consecuencia de lo anterior **COLPENSIONES** debe recibir a la demandante como afiliada al régimen que administra y condenó en costas a **PORVENIR** y a **PROTECCIÓN**. Concedió los recursos de apelación propuestos por **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** interpuso el recurso de apelación contra los numerales quinto y noveno de la decisión de instancia; señaló que los gastos de administración son aquellos descuentos que realizan las A.F.P. conforme a la ley para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados, cubrir gastos de administración y para pagar el seguro provisional a la compañía de seguros, que dichos recursos fueron administrados de manera diligente generando buenos rendimientos financieros a la cuenta de ahorro individual de la demandante; en cuanto a la condena en costas indicó que **PROTECCIÓN** siempre ha actuado de buena fe con sujeción a las normas y que la suscripción de afiliación que realizó la demandante fue de manera libre y voluntaria y libre de cualquier tipo de coacción.

La apoderada judicial de **PORVENIR** apeló la sentencia, adujo que la afiliación y el traslado gozan de plena validez, que no se ha demostrado que sea procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, que la decisión de la demandante de firmar el formulario de afiliación fue de manera libre y voluntaria, que su permanencia por más de 15 años con pagos sucesivos de aportes y el trasladarse entre fondos privados demostraba su complacencia con el régimen de ahorro individual, que para la época del traslado no era obligación para los fondos de pensiones brindar herramientas que le permitieran a los afiliados conocer las implicaciones de su traslado

Solicitó que, si se confirma la sentencia, en lo que refiere al retorno de todas las cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, gastos de administración; en la cuenta de ahorro individual de la demandante no se ha acreditado ningún bono pensional, suma adicional para las pensiones de invalidez y sobrevivencia; con relación a los gastos de administración indicó

que el traslado de dichos gastos sería un enriquecimiento ilícito por parte de 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, se presentaron los siguientes alegatos, en los que se solicita la revocatoria de la sentencia de instancia:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El Apoderado judicial de Colpensiones indicó que el traslado goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; razón por la cual, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de recibir a la demandante.

ALEGATOS DE FLOR ÁNGELA MUÑOZ MUÑOZ

La apoderada judicial de la demandante dijo que ratificaba lo expuesto en primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá si se debe o no declarar la nulidad del traslado del 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** y a **PROTECCIÓN** de devolver los gastos de administración y la condena en costas procesales.

Contrario a lo señalado por **PORVENIR**, respecto del **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 la afiliada 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.

En tal sentido, el deber de información no se suple ni 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; ni al tiempo en que la demandante estuvo afiliada al fondo privado, como equivocadamente lo manifestó la recurrente de **PORVENIR**, pues con ellos 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.

PROTECCIÓN y **PORVENIR** 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.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de la apoderada de **PORVENIR** con el que indica que el acto de afiliación fue voluntario y libre porque el formulario de afiliación no fue tachado de falso y que la demandante permaneció por más de 15 años afiliada al RAIS contando con el tiempo suficiente de asesorarse y buscar información adicional respecto el traslado, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

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.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alegan **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte de la demandante, en razón a que también recibirá los rendimientos financieros que generó en virtud de esos gastos de administración, 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, 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. 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).

De tal suerte que la devolución de los gastos de administración no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente a la demandante, sino que su orden 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.

En lo referente a las **COSTAS** impuestas a **PROTECCIÓN** y **PORVENIR**, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena.

Respecto 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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** 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:**

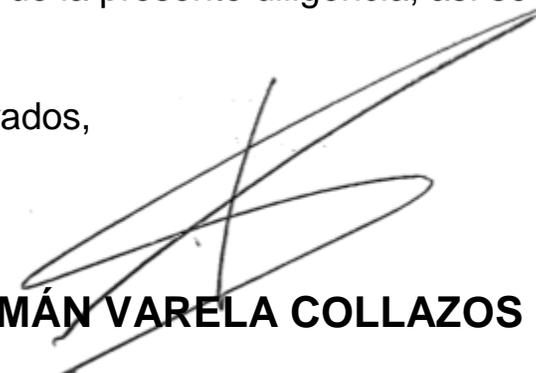
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada No. 57 del 19 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PROTECCIÓN** y **PORVENIR** y 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.

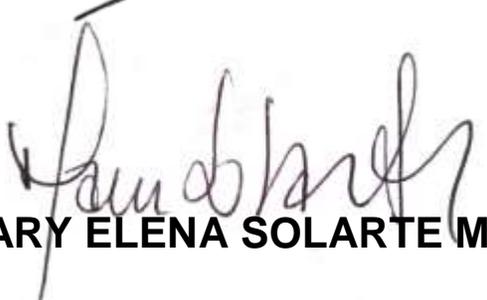
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

24266dea1a2d91755e515e91089925b471f2f1f89aef8ff6cea48f044a627

1ac

Documento generado en 13/10/2020 03:03:49 p.m.