

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	LORETT BAUTISTA TIRADO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS
RADICACIÓN	76001310501220190044901
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA APELADA

AUDIENCIA PÚBLICA No. 246

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. 81 del 2 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada María Juliana Mejía Giraldo en calidad de apoderada principal y al abogado Jorge A. Moreno Solís en calidad de apoderado sustituto de COLPENSIONES.

SENTENCIA No.179

I. ANTECEDENTES

LORETT BAUTISTA TIRADO 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 **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS** - con el fin de que se declare la ineficacia o nulidad de su afiliación a **COLFONDOS** 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 los aportes, cuotas de administración y rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y expuso que el traslado se hizo de forma libre y voluntaria; que la demandante contó con el tiempo suficiente para documentarse e informarse acerca de cuál régimen le era más conveniente; que para la época en que pretendió retornar al régimen de prima media con prestación definida ya estaba inmersa en la previsión establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso las excepciones de inexistencia de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones y manifestó que la afiliación hecha por la demandante se hizo de manera libre y voluntaria, que se le brindó asesoría integral, clara, cierta y completa respecto de las implicaciones de trasladarse de régimen, que se le informó respecto de las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen, que no existió omisión de información o una equivocada asesoría al momento

del traslado; que la demandante no hizo uso del derecho de retractarse de la afiliación, que no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso las excepciones de inexistencia la obligación, falta de legitimación de causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, pago, compensación y pago.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que la demandante realizó el traslado de forma consciente y espontánea, sin presiones de ningún tipo y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha del traslado, que se le brindó información suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado, que el formulario cumplía con los requisitos legales; que no hizo uso del derecho de retracto; que no existe norma que consagre la ineficacia de traslado por ausencia de información completa al afiliado; que las acciones para alegar la nulidad se encuentran prescritas. Propuso las excepciones de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali declaró dejar sin efectos el traslado que realizó **LORETT BAUTISTA TIRADO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a **PORVENIR** a trasladar los aportes que tiene la demandante en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y gastos de administración. Señaló que no procedía la consulta a favor de Colpensiones porque no impuso condena en contra de ella. Concedió el recurso de apelación interpuesto por Porvenir S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** interpuso el recurso de apelación contra la decisión de instancia y señaló que la entidad cumplió con las obligaciones legales que le eran exigidas para la fecha en que se realizó el traslado de régimen; que la demandante suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Dijo que la demandante ratificó por más de 20 años su voluntad de permanecer en el RAIS sin manifestar su inconformismo de la afiliación durante este tiempo a pesar de haber contado con oportunidades para trasladarse; que Porvenir no estaba en la obligación de proporcionar una asesoría tan especializada, pues dicha información tan rigurosa sólo vino a ser determinada con posterioridad al traslado; que la conveniencia de régimen depende de circunstancias que pueden variar con el tiempo y a las circunstancias de cada afiliado; que la libertad de escoger régimen pensional está en cabeza de la afiliada quien lo hizo gozando de plena capacidad mental para tomar la decisión.

Indicó que al quedar sin efecto la afiliación, el vínculo nunca existió y no habría lugar a devolver los rendimientos y gastos de administración que se generaron durante todos estos años; que la devolución de esos emolumentos afecta a su representada y enriquece sin causa a Colpensiones. Señaló para ello las consecuencias de la nulidad establecida en el inciso segundo del art. 1747 indica que “será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y los frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias”.

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.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir solicitó que se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva a su representada. Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación, agregó que en los hechos de la demanda no se menciona ninguna inconformidad con la gestión de su mandante, situación que no fue contemplada por el juez de instancia.

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El apoderado judicial de Colpensiones señaló que el traslado goza de plena validez, además de ello, que 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; que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A., como se alega en la demanda.

ALEGATOS DE LORETT BAUTISTA TIRADO

La apoderada judicial de la demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia porque su representada no fue informada de manera idónea sobre las implicaciones de la afiliación al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL, así mismo y ateniéndome a los diversos pronunciamientos que ha venido planteando la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otras las SL1452 – SL1688 – SL1689 – SL3852 – SL4343 y SL4360 de 2019.

ALEGATOS DE COLFONDOS

La apoderada judicial de Colfondos indicó que el demandante ha estado afiliado con diferentes administradoras del régimen de ahorro individual, y por eso, conoce claramente cómo opera el RAIS; aclaró que su representada siempre cumplió con el deber de informar, jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría, la demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados por los asesores de mi representada, a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, entonces que no es válido que después de estar por más de 20 años afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal. Reiteró los argumentos planteados en la contestación de la demanda.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala procede a resolver el recurso de apelación y la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones, por cuanto ésta entidad deberá recibir a la demandante junto con sus rendimientos y gastos de administración.

Entonces, definirá si se debe o no declarar la nulidad del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR** y su afiliación a **COLFONDOS**. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria y si se debe o no revocar la orden que se le impuso a **PORVENIR** de devolver los rendimientos y gastos de administración.

Contrario a lo señalado por **PORVENIR** y **COLFONDOS** 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 dice la recurrente y Colfondos en sus alegatos, 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.

COLFONDOS 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; que la demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las realizó; que no buscó información adicional; que permaneció por más de 20 años afiliada al RAIS, 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 la Juez acertó en su decisión de dejar sin efecto el 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 esa decisión y lo que alega **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración ni los rendimientos, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte del demandante y de COLPENSIONES, 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. 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.” subraya fuera de texto.

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante ni a COLPENSIONES, porque 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.

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración y en función a la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones se precisará la sentencia indicando que tal devolución se hará con cargo al patrimonio de PORVENIR S.A.. Se adiciona la sentencia para que dicha entidad devuelva las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C..

Igualmente, se adiciona en el sentido de ordenar a COLFONDOS la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

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.

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

demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia 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: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 81 del 2 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que se ordena a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., los gastos de administración deberá devolverlos con cargo a su propio patrimonio. Asimismo, se ordena a **COLFONDOS** la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio durante el tiempo en que administró la cuenta de ahorro individual de la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR** y a favor de **LORETT BAUTISTA TIRADO**, 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.

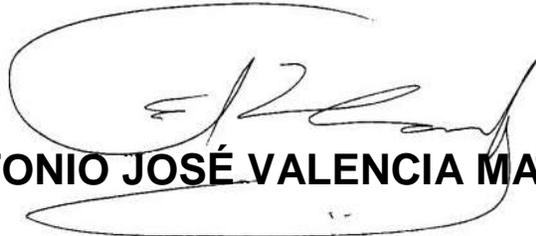
Intervinieron los Magistrados,



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:

6d574b602a51036e082dd63f66e3f83a25f6be950eb44cca27f5b6f36fd272d3

Documento generado en 13/10/2020 03:03:57 p.m.