

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	ALFONSO BAUTISTA CHARRY
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..
RADICACIÓN	76001310500820190060201
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 256

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. PROTECCIÓN 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.71 del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada Gabriela Restrepo Caicedo en calidad de apoderada judicial de Povernir S.A.

SENTENCIA No.189

I. ANTECEDENTES

ALFONSO BAUTISTA CHARRY 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 **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 y rendimientos financieros, y el pago de perjuicios.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y adujo que los documentos aportados con la demanda, la parte activa no se logra si quiera inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indicó que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Indicó que el demandante recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme se desprende de la solicitud de afiliación, garantizándole el derecho de retracto.

Dijo que lo que se debía demandar era la ineficacia del traslado y no la nulidad; que no hay no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que el demandante tiene capacidad para elegir a cuál régimen afiliarse y era su deber informarse respecto al acto de afiliación que incidía en su futuro; que no existe norma que disponga la nulidad de la afiliación por ausencia de información; que el actuar suyo fue de buena fe. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción de la acción y buena fe.

PROTECCIÓN adujo que la afiliación que realizó el demandante en ING PENSIONES Y CESANTÍAS fue voluntario, libre y espontánea, en razón a que se le brindó la información requerida.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó ALFONSO BAUTISTA CHARRY del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR, 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 debidamente indexados; ordenó a PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración debidamente indexados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PROTECCIÓN** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque el numeral segundo de la sentencia que le ordenó devolver los gastos de administración debidamente indexados.

Explicó 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.

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.

El apoderado judicial de **PORVENIR** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Sus argumentos los manifestó en cuatro sentidos, i) que su representada sí brindó al actor la información requerida; ii) que la exigencia de realizar proyecciones pensionales al momento del traslado es imposible de cumplir; iii) que no procede la orden que se le dio a su representada de devolver los gastos de administración; iv) que la condena en costas al resolverse una petición de saneamiento del litigio no procede por no haber presentado incidente de nulidad.

Indicó que sí quedó probado que el demandante recibió la información requerida al momento en que se trasladó, tal y como quedó plasmado en el formulario de afiliación No. 13940065; que no era posible realizar proyecciones pensionales desde el año 1998, porque para Porvenir y

Colpensiones era imposible haber realizado proyecciones para el año en que cumpliera la edad pensional, pues no se conocía si el demandante se iba a divorciar, si iba a tener más hijos, si iba a realizar un menor o mayor número de cotizaciones, si el demandante iba a seguir vinculado laboralmente, condiciones que son impredecibles y que afectan el reconocimiento de la pensión en cualquier régimen.

Señaló que el demandante entre los años 1998 y 2020 ha permanecido afiliado, realizando aportes a su representada de forma mensual durante más de 22 años, lo que en su decir, ratifica la decisión de permanecer afiliado a su representada, saneando así cualquier tipo de nulidad o ineficacia que se pueda dar; dice que, si el demandante hubiera querido, pudo haberse trasladado, porque se le informó que tenía derecho al retracto, cuando su representada informó que se podía trasladar diez (10) años antes de cumplir la edad pensional, mediante las publicaciones en diarios nacionales en los años 2003 y 2009.

Adujo que la orden de devolver los gastos de administración de forma indexada, no procede, porque el demandante no ha sufrido ninguna merma en su patrimonio y, por el contrario, de mantenerse la orden, se genera un detrimento patrimonial a su representada. Esto lo argumentó, diciendo que su representada ha logrado para el demandante rendimientos financieros que están por encima de \$463.857973; por el contrario, su representada ha gastado el 3% de los aportes en los reaseguros para tener la previsión de los riesgos de invalidez y muerte, y en el fondo de solidaridad pensional para la garantía de pensión mínima.

Finalmente, indicó que las costas a las que fue condenada su representada en la etapa de Saneamiento dispuesta en el art. 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, no proceden, por cuanto, no propuso un incidente de nulidad.

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Indicó que el demandante cuenta con más de 52 años de edad y cuando estaba en COLPENSIONES contaba con el derecho de trasladarse de régimen; que la demandante no puede trasladarse de régimen pensional porque le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional, tal y como lo establece el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993.

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 solicitó que se revoque la sentencia y, en su lugar, se absuelva a su representada de las pretensiones. Indicó que el traslado no procede porque al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional.

ALEGATOS DE PORVENIR

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

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia 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 las costas impuestas en la etapa de saneamiento del litigio a PORVENIR.

Respecto al **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 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.

En tal sentido, contrario a lo alegado por PORVENIR, 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 el demandante estuvo afiliado al fondo privado, pues con ellos se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo al 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, SL19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

PORVENIR y **PROTECCIÓN** no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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, procede la ineficacia del traslado que realizó el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PROTECCIÓN, y sus posteriores afiliaciones a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, ahora PROTECCIÓN.

En razón a que la Juez solo declaró la ineficacia del traslado respecto a PORVENIR, la Sala extiende tal declaración respecto a la afiliación que realizó el actor a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, ahora PROTECCIÓN.

Las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió, por lo cual, se debe devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, 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, adoctrinó:

[...]

“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.”

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración se mantiene, como una 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, tal y como lo afirma el apoderado de Porvenir, cuando señala que de los aportes que realizó el actor descontó el 3%, con lo que pagó los seguros previsionales y aportes al fondo de solidaridad; de igual manera, la indexación de esos valores, es procedente, debido a la pérdida del poder adquisitivo ocasionada por el paso del tiempo.

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y en razón a la consulta a favor de COLPENSIONES, se adiciona el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de ordenar a PORVENIR que devuelva a COLPENSIONES, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. y los gastos de administración que ordenó, que sean con cargo a su propio patrimonio

De igual manera, se precisa el numeral tercero de la sentencia, indicando que la devolución de los gastos de administración que se ordenó a PROTECCIÓN se haga con cargo a su patrimonio.

En esta instancia no es dable pronunciarse respecto a la condena en costas de la que se queja PORVENIR, puesto que la etapa de saneamiento del proceso donde se realizó esa condena, quedó ejecutoriada en el momento en que la decisión se notificó en Estrado y no se interpusieron recursos.

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 consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR,

10

PROTECCIÓN y COLPENSIONES, y a favor del 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: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 71 del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido extender la declaratoria de la ineficacia respecto a la afiliación que realizó ALFONSO BAUTISTA CHARRY a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, ahora PROTECCIÓN.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 71 del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido **ORDENAR** a **PORVENIR** a devolver a **COLPENSIONES** las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.. Se precisa ese numeral en el sentido de indicar que los gastos de administración son con cargo al patrimonio de PORVENIR.

TERCERO: PRECISAR el numeral tercero de la sentencia en el sentido de indicar que la orden dada a PROTECCIÓN de devolver los gastos de administración es con cargo a su patrimonio.

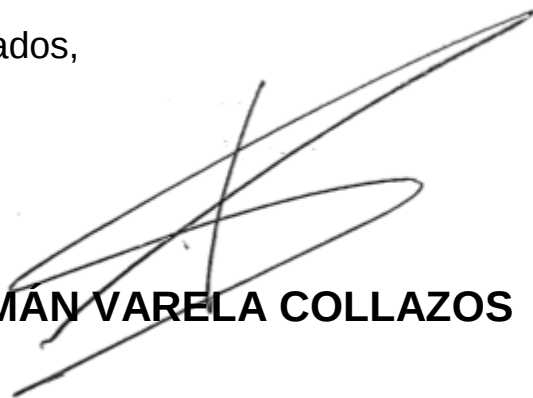
CUARTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, PROTECCIÓN y COLPENSIONES, y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

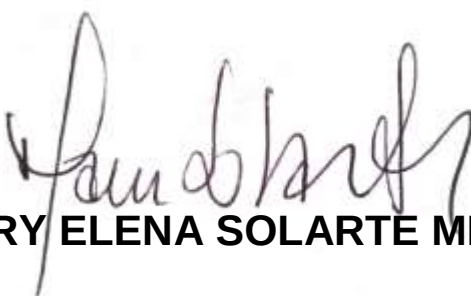
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:
2271274bd272c9c4006e107afbc652a91721bb4cb2884c051d4
12acfd01a8dbf

Documento generado en 13/10/2020 03:04:09 p.m.