

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	FARID BOJANINI ROMERO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – PORVENIR-
RADICACIÓN	76001310500320190034901
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No.321

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 la apoderadas de PORVENIR y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de ésta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 56 del 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.231

I. ANTECEDENTES

FARID BOJANINI ROMERO 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** de los aportes y rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y aduce que, de los documentos aportados con la demanda no se logra 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.

Indica que a la 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 S.A. se opuso a las pretensiones, porque el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación; que cumplió con el deber de información al demandante vigente a la fecha del traslado; que el demandante es libre de elegir a cuál régimen pensional afiliarse; que él demandante también debía informarse sobre el traslado y sus consecuencias; que la diferencia

de la mesada pensional no significa que la finalidad del sistema general de pensiones no se haya cumplido; que la no información no es por sí sola suficiente para la ineficacia del traslado; que el demandante no se trasladó en el tiempo oportuno, pudiendo hacerlo; que la ineficacia por ausencia de información no tiene sustento legal.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó FARID BOJANINI ROMERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PORVENIR la devolución de los valores correspondientes a las cotizaciones, con los rendimientos financieros y los gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Señaló que la demandante cuenta con más de 57 años de edad y, cuando se traslado estaba en pleno derecho de hacerlo, por lo tanto, el procedimiento estuvo de acuerdo a la Ley y goza de plena validez, pues su representada no se podía negar al traslado porque violaría el derecho de libre afiliación. Dijo que no es procedente el traslado por prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por estar próximo a la edad pensional.

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.

Aduce que en la afiliación que realizó el demandante, se cumplió con todos los requisitos legales vigentes establecidos en los art. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, porque no existía en ese momento la obligación de suministrar información escrita respecto a los beneficios puntuales y los montos de las pensiones de los diferentes regímenes; que se le suministró la información de manera verbal y el demandante tomó la decisión de manera libre, voluntaria y sin presiones al suscribir el formulario de afiliación, el cual cumple con los requisitos del art. 11 de Decreto 692 de 1994, y se le debe dar valor probatorio.

Dice que la obligación de informar las consecuencias del traslado a los afiliados, surgió con el Decreto 2071 de 2015, que modificó el Decreto 2555 de 2010; que su representada ha cumplido con las obligaciones legales que se encontraban vigentes desde el momento de la afiliación; no hay fundamento para decir que por la omisión de esta se pueda declarar la ineficacia del traslado; que en los hechos de la demanda no se demuestra la existencia de inconformidades del demandante, lo cual, pasó de largo la sentencia de instancia.

Enfatizó que a la fecha del traslado no era posible realizar cálculos ni proyecciones, informar el capital, ni expresar ventajas y desventajas de otro régimen, porque las circunstancias de esa época no eran permanentes; y las obligaciones que se imponen hoy, nacieron con posterioridad al traslado y por desarrollo jurisprudencial; que el demandante tiene la capacidad mental de realizar el traslado y en su cabeza está la obligación de mantenerse informado.

Que la relación de seguridad social entre su representada es reglamentaria por lo que las regulaciones están en la ley y no hay debilidad negocial por parte del actor.

Señala que la reclamación de la ineficacia surge a partir del momento en que el accionante se encuentra cerca de cumplir los requisitos para pensionarse por vejez, de ahí coligió que la necesidad de retornar al régimen de prima media no obedece a la ausencia del deber de información o engaño al momento del traslado, sino en razones de carácter económico frente a la expectativa del monto de una prestación pensional.

Manifiesta que el demandante guardó silencio frente a su derecho de retornar al régimen de prima media, y permaneció en régimen de ahorro individual.

Frente a la orden de devolver los rendimientos y gastos de administración dijo que, si se tiene en cuenta las consecuencias de la ineficacia de la afiliación, que en ningún momento se produjo el traslado; que nunca estuvo el dinero en la cuenta de ahorro individual del demandante y que no fue administrada por Porvenir S.A., entonces que, en ningún momento se generarían los rendimientos que se dieron por la gestión de ésta, ni es procedente su devolución; que tampoco procede la devolución de gastos de administración porque su representada ya no cuenta con ese dinero y fue utilizado para gestionar los rendimientos, por lo cual, que no se puede afectar el patrimonio de porvenir S.A. y generar un enriquecimiento sin justa causa de Colpensiones.

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 COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones solicita que se revoque la sentencia, porque la demandante efectuó por varios años sus aportes en pensión al fondo privado PORVENIR SA, por lo que no es posible que en la actualidad se le endilguen obligaciones a COLPENSIONES.

Resalta que la afiliación al fondo privado se realizó en el ejercicio legítimo que tenía la demandante de la libre escogencia del fondo de pensiones (art 13 literal b / ley 100 de 1993), por lo cual, no puede predicarse la existencia de un error por vicios en el consentimiento para que su representada considere afiliado a quien en la actualidad se encuentra válidamente afiliado en otro fondo de pensiones.

Solicita que se absuelva de la condena en costas porque actuó conforme a la ley.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir reitera los argumentos expuesto en la contestación de la demanda y el recurso de apelación. Insiste en que no procede la orden de devolver los gastos de administración y los rendimientos, porque no se corresponde con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá 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 de devolver los rendimientos y 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 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, 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 la Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad del traslado del 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 adocinado 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.

Por lo anterior, la orden que se dio a **COLPENSIONES** de recibir al demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues como quedó dicho, recibirlo se correlaciona con la devolución que debe hacer **PORVENIR** de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, las comisiones y los gastos de administración.

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 cuanto a la solicitud que realiza la apoderada judicial de Colpensiones en los alegatos, de que sea absuelta de la condena en costas; no se accede a ella, porque es una condena objetiva, que está a cargo de la parte vencida en juicio.

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 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: PRECISAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 56 del 18 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante.

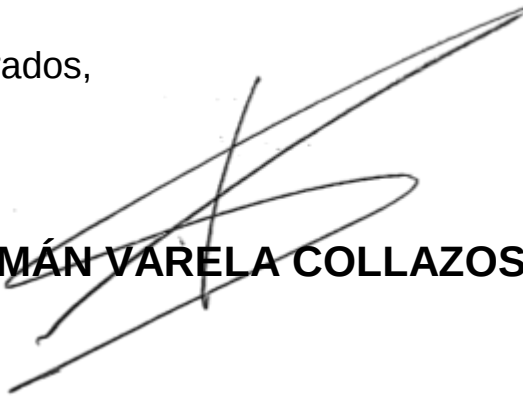
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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, por concepto de agencias en derecho.

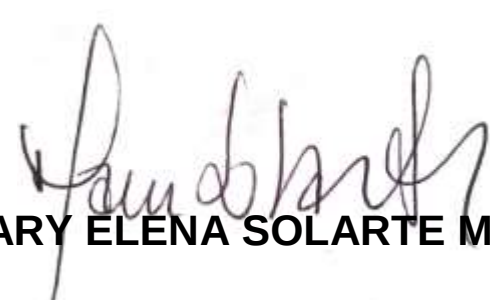
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

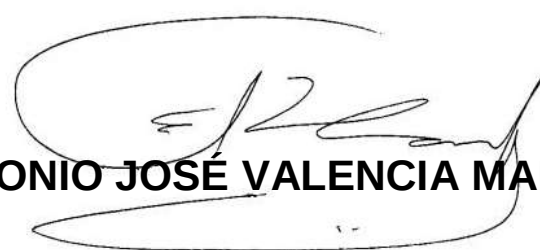
Intervinieron los Magistrados,



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:

44747a8356338d38025d6a3756fa4ffb926d15c5967dd03eef5b22ac605
17252

Documento generado en 30/11/2020 05:27:05 p.m.

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>