

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|------------|---|
| PROCESO | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA. |
| DEMANDANTE | OTONIEL CANDELO MEJÍA |
| DEMANDADOS | La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍASPORVENIR S.A.. |
| RADICACIÓN | 76001310501120190020801 |
| TEMA | NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. |
| DECISIÓN | SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA. |

AUDIENCIA PÚBLICA No. 344

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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de PORVENIR 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.269 del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali.

RECONOCER PERSONERÍA a las abogadas MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO y LINA MARÍA COLLAZOS COLLAZOS en calidad de apoderadas judiciales de COLPENSIONES.

SENTENCIA No.254

I. ANTECEDENTES

OTONIEL CANDELO MEJÍA 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.

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 de acuerdo a sus facultades mentales y legales, sin que en la vinculación se hubiera presentado un vicio en el consentimiento; que brindó la asesoría requerida para la fecha de la afiliación; que el demandante tiene la obligación de informarse; que no existe una norma que disponga que por la ausencia del deber de información se genere la ineficacia de la afiliación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad de la afiliación que OTONIEL CANDELO MEJÍA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PORVENIR la devolución las cotizaciones, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos causados, las comisiones y gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** presentó el recurso de apelación, solicita 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 en el año 1995 que se dio con Horizonte, 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.

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. Manifestó 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 dice 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.

Enfatiza que a la fecha del traslado no era posible realizar cálculos ni proyecciones, porque las circunstancias de esa época no eran permanentes; que el demandante tiene la capacidad mental de realizar el traslado y en su cabeza está la obligación de mantenerse informado.

Alega que la ineficacia del traslado se encuentra prescrita, si se tiene en cuenta que el traslado se efectuó en el año 1995.

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación; solicitó que se revoque la sentencia. Para definir el retorno en cualquier tiempo del demandante a Colpensiones, se debe en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema y las expectativas pensionales del afiliado; afirmó que el demandante se trasladó de régimen de manera directa y voluntaria haciendo uso de la facultad que le otorga el art. 13 de la Ley 100 de 1993; que cuando el demandante pretendió retornar a Colpensiones se encontraba inmerso en la prohibición legal prevista en el art. 2 de la Ley 797 de 2003; no hay ninguna razón para indicar que al demandante se le iba a frustrar el derecho pensional en Porvenir, razones por las cuales el demandante debe permanecer en el RAIS.

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

La apoderada judicial de Colpensiones reitera lo expuesto en el juzgado de instancia.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A. insiste en que su representada brindó la información que se exigía para el año 1995 en que el demandante se trasladó; que no estaba obligada a realizar proyecciones pensionales escritas; que el demandante suscribió formulario de afiliación, el cual cumple con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, hecho que demuestra

la voluntad de pertenecer al régimen que administra Porvenir S.A.; que no procede la orden de devolver los gastos de administración, rendimientos, suma de la aseguradora con todos sus frutos e intereses.

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, gastos de administración, frutos e intereses, 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 perjudicarle, 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 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.

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 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 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.

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 tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 269 del 29 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver las comisiones y el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio.

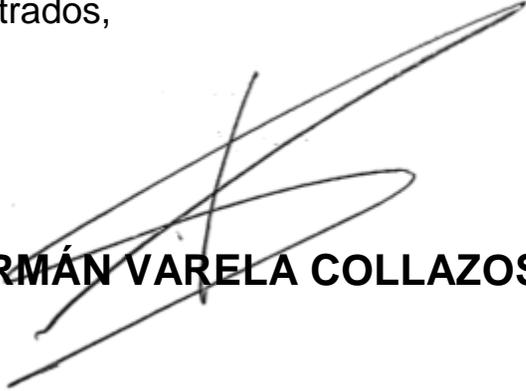
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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.

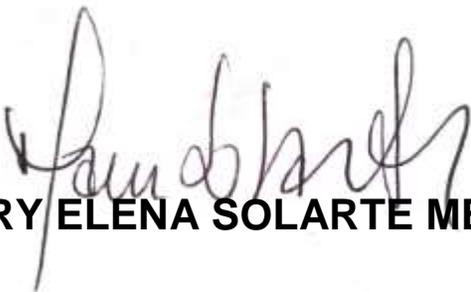
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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

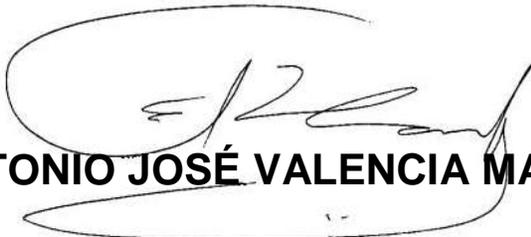
Intervinieron los Magistrados,



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:

42da4d06114ac082df8b09c872d524b236a97d150a3c2abcb1a
a62ff30931d74

Documento generado en 30/11/2020 05:26:44 p.m.

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

a