

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	JESÚS MARÍA TOBÓN RAMOS
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501820180069901.
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 320

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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.**, así como la consulta a favor de **COLPENSIONES** en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 389 del 21 de octubre de 20, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería al abogado DANIEL RENDÓN ACEVEDO en calidad de apoderado judicial de Porvenir S.A., y a la abogada ESTHEFANIA ROJAS CASTRO como apoderada de Colpensiones.

SENTENCIA No.230

I. ANTECEDENTES

JESÚS MARÍA TOBÓN RAMOS demanda 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 la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que no son la entidad competente para declarar la nulidad de afiliación, que el demandante presentó la solicitud de traslado fuera del termino establecido, que ratificó su afiliación con la suscripción del formulario, que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe al momento de efectuar el traslado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme se desprende de la solicitud de afiliación y de acuerdo a las normas de la época, garantizándose el derecho de retracto, que la afiliación goza de plena validez. Propuso las

excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y enriquecimiento sin causa.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **JESÚS MARÍA TOBÓN RAMOS** 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, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 CC, los rendimientos que se hubieren causado y las cuotas de administración previstas en el art. 13 literal q) y artículo 20 de la ley 100 de 1993, este último debidamente indexado. Ordenó a **COLPENSIONES** a recibir al demandante como afiliado al régimen que administra y condenó en costas a **PORVENIR**. Envió en consulta de la sentencia a favor de **COLPENSIONES**.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** apeló la sentencia y solicita que se revoque bajo los siguientes argumentos: **i)** que en la asesoría brindada por su representada al demandante se expusieron las particularidades, bondades y limitaciones de cada régimen, para que él eligiera la opción que le resultara más beneficiosa conforme a las normas de la época, que no hubo vicio en su consentimiento para el traslado, el cual se materializó con la suscripción del formulario de

afiliación; **ii)** que existe prescripción no sobre el derecho pensional, sino respecto de la oportunidad jurídica para solicitar la nulidad de traslado; **iii)** adujo que la orden de devolver los gastos de administración y descuentos de comisión de administración de aportes están debidamente autorizados en la ley y tienen por objeto que la cuenta de ahorro individual de los afiliados generen unos rendimientos y permitan la administración de la cuenta de ahorro individual.

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 indica que la selección que hizo la demandante del Régimen de Ahorro Individual es libre y voluntaria; que no procede el traslado porque le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional.

Solicita que en el evento en que se confirme la decisión se ordene a PORVENIR que normalice la afiliación en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP (Anulación a través de Mantis); que devuelva de sus aportes a COLPENSIONES, con la respectiva entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS; que reintegre la totalidad de la cotización, es decir: i) recursos cuenta individual de ahorro, ii) cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, iii) rendimientos, iv) anulación de Bonos Pensionales v). Porcentaje destinado al pago de Seguros Previsionales, frutos e intereses, gastos de administración y demás valores consignados en la cuenta individual del afiliado, todo lo anterior debe

ser reintegrado de manera indexado. Igualmente, absuelva a mi representada de las costas y agencias en derecho.

ALEGATOS DE PORVENIR

El apoderado judicial de Porvenir reitera lo dicho en la contestación de la demanda y en el recurso de apelación.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La sala determinará 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 y si se debe o no revocar la orden que se le impuso a **PORVENIR** de devolver los gastos de administración y descuentos de comisión de administración.

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 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, 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, como equivocadamente lo dice la recurrente, 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, 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.

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 el demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las realizó; que no buscó información adicional; 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 del demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante prueba que acredite que cumplió 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 declarar la ineficacia 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 descuentos de comisión de administración de aportes, toda vez que estos se encuentran debidamente autorizados en la ley y tienen por objeto que la cuenta de ahorro individual de los afiliados generen unos rendimientos y permitan la administración de la cuenta de ahorro individual, 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 que 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 a 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 orden de devolución de los gastos de administración y descuentos de comisión de administración de aportes se da como consecuencia de la conducta indebida de las administradoras que ha generado deterioro en bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez.

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.

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. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR** a favor del 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:**

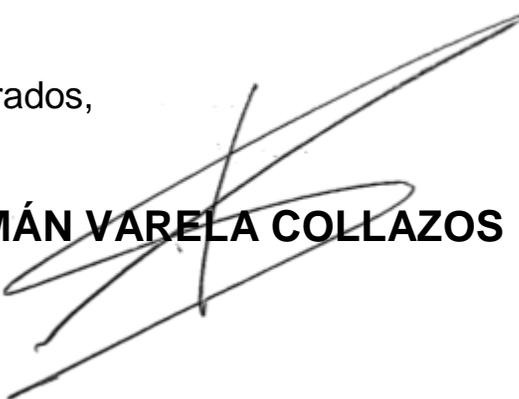
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada No. 389 del 21 de octubre de 2019, proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Cali.

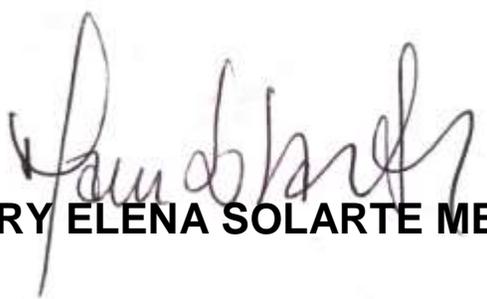
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR** y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

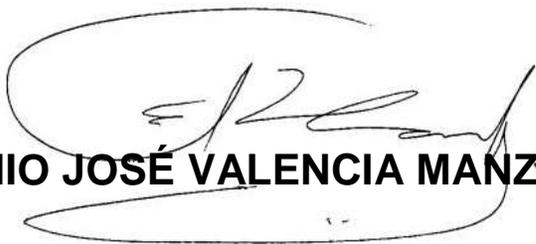
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

2d7ad652bc8038d925fae9707d65a0f7619338338c69206b5
ee8f5b96d6ba186

Documento generado en 30/11/2020 05:27:21 p.m.

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