

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	TYRONE VEGA VEGA
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – PORVENIR-
RADICACIÓN	76001310500520190044801
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. 260

En Santiago de Cali, el treinta (30) de junio de 2021, el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asocio de sus homólogos de Sala 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 recurso de apelación interpuestos por las apoderadas judicial 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. 280 del 15 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.195

I. ANTECEDENTES

TYRONE VEGA VEGA demanda 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 S.A.**- con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS y se ordene a **PORVENIR** el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

PORVENIR S.A. se opone a las pretensiones y aduce que lo que debe demandarse es la ineficacia de la afiliación y no la nulidad de traslado; que cumplió con los deberes vigentes al momento del traslado, por lo que no existe razón que justifique la ineficacia de la afiliación; que el demandante gozaba con capacidad para tomar la decisión de trasladarse, tiene el deber de informarse sobre el traslado y habiendo tenido la oportunidad para trasladarse, no lo hizo; que no existe norma legal que establezca la ineficacia de la afiliación por ausencia de información; que actuó de buena fe, y propuso la excepción de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

COLPENSIONES indica que el demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria conforme lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y que era su carga probar el vicio en el consentimiento en el acto de traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que TYRONE VEGA VEGA realizó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. y le ordenó efectuar el traslado de todos los dineros que ha recibido en razón a cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio y rendimientos causados, al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. Absolvió a COLPENSIONES de la condena en costas.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación, alega que su representada sí cumplió con las obligaciones vigentes para el momento del traslado, que el demandante suscribió formulario de afiliación el cual de manera expresa indica que se realizaba de manera libre y voluntaria, conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo cual, que no se puede tener como un simple requisito formal, ni desconocer las consecuencias jurídicas que esa afirmación produce.

Aduce que su representada no estaba en la obligación de brindar una asesoría como la que se exige en la actualidad; que el demandante tenía la obligación de informarse.

Señala que el demandante ratifica la voluntad de permanecer al régimen de ahorro individual con solidaridad con la permanencia en él por más de 20 años y con el traslado entre diferentes administradoras. Dice que en ese tiempo el demandante no manifestó inconformidad.

Manifiesta que las consecuencias de la ineficacia darían lugar a que las cosas vuelven al estado inicial, por lo que no es procedente devolver rendimientos, porque si se retrotrae los efectos del acto jurídico, entonces, los rendimientos no se debieron producir, y gastos de administración, ya no están en poder de su representada. Si esto se mantiene se afecta el patrimonio de su representada y se enriquece sin causa Colpensiones. Indica que su representada actuó de buena fe y con rectitud.

Aduce que no es una consecuencia lógica que pueda desprenderse de la correcta aplicación del art 1746 y 1747 del Código Civil, norma de carácter legal que regula los efectos de la declaratoria de nulidad. Las órdenes impartidas en la sentencia no se corresponden con las normas legales que gobiernan las restituciones mutuas en caso de nulidad de un acto jurídico, que la persona a la cual se le ordena restituir o devolver un bien, en este caso unas sumas depositadas en una cuenta, igualmente deba devolver las sumas que invirtió para mantener ese bien y para incrementarlo, en cumplimiento de mandatos legales que estaba obligada a acatar. En igual sentido, que no podría haber lugar a devolver los gastos de administración por cuanto dichos rubros cumplen una destinación específica fijada por mandato legal, la cual corresponde a la contraprestación a la correcta administración de los recursos aportados a la cuenta individual del demandante para que se pueda generar la rentabilidad y seguridad de sus recursos. Entonces, que resulta material y jurídicamente imposible retornar sumas que ya fueron utilizadas para cumplir su objetivo.

COLPENSIONES presentó el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia, indica que el demandante no cumple con el requisito del art. 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 13 de la Ley 100 de 1993 para que proceda el traslado de régimen, pues le faltan menos de diez años para adquirir la edad pensional.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, PORVENIR S.A. y la parte DEMANDANTE reiteraron los argumentos expuestos en primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve los recursos de apelación y la consulta a favor de Colpensiones en lo que no fue objeto de apelación, para lo cual resolverá si se debe o no declarar la nulidad del traslado o ineficacia del traslado del actor del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** al régimen de ahorro individual; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de la ineficacia y si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR de devolver los gastos de administración, las cotizaciones y los rendimientos; 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 a el 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.

Contrario a lo que indica Colpensiones, la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es 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 desvirtuarlo 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, cotizaciones 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 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; y para dejar intacto el capital del demandante para financiar la pensión, debe devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio en consideración a la omisión del cumplir el deber legal de información, 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.’” subraya fuera de texto original.

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se confirma el numeral tercero de la sentencia de instancia.

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.

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de TYRONE VEGA VEGA. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

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 identificada con el No. 280 del 15 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** a favor de **TYRONE VEGA VEGA**. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

La anterior providencia queda notificada en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma después de leída y aprobada por los que 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:

44a166cebeb44e7980290653d6d90e084eeb19c469698daed5
6ce2963e89a881

Documento generado en 01/07/2021 01:50:48 AM

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

a