

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	JESÚS ALBERTO CALERO ESCOBAR
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	760013105001420180013201
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 Y ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 263

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de junio de dos mil veintiuno (2021), 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 los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 322 del 23 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 198

I. ANTECEDENTES

JESÚS ALBERTO CALERO ESCOBAR demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **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 porque las AFP no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones e indica que el traslado de régimen no procede porque faltan menos de diez años para adquirir la edad pensional. Propuso la excepción de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación e innominada.

PORVENIR S.A. se opone a las pretensiones e indica que el traslado realizó con el lleno de los requisitos legales y por ende la afiliación del demandante se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones y dentro de las oportunidades legales, este no manifestó su deseo de retractarse de la misma.

Aduce que el demandante suscribió con total conocimiento de causa y aceptación, su vinculación a la Administradora de Pensiones que represento, y fue asesorado en cumplimiento de los requisitos legales y en ejercicio de sus obligaciones reglamentarias ha mantenido informado a sus afiliados de los cambios normativos de interés, ello sin perjuicio del deber de los afiliados de mantenerse informados respecto del futuro pensional.

Señala que el traslado de régimen pensional, fue un acto libre y voluntario del demandante, razón por la cual, la parte actora no puede pretender luego de que han transcurrido más de 22 años, desde su traslado de régimen pensional, endilgarle la responsabilidad de una decisión propia.

Propuso las excepciones denominadas inexistencia de la obligación, ausencia de derecho sustantivo, carencia de acción, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción de la acción de nulidad, validez del traslado y ratificación del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali declaró la nulidad o ineficacia del traslado que realizó JESÚS ALBERTO CALERO ESCOBAR del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. con los efectos indicados en la parte motiva de esta providencia, en la que indicó “... *en consecuencia se deberá trasladar a COLPENSIONES todo el capital se encuentre en la cuenta de ahorro individual de la afiliada así como los rendimientos, y bono pensional si los hubiere*” (audiencia, hora: 1:36:50). Ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpone el recurso de apelación; considera que no se demostró que al demandante se le haya brindado una información errada; que la demandante supera el término

legal para que proceda el traslado; que en el evento en que se confirme la decisión de declarar nulo o ineficaz el traslado, que se ordene en la parte resolutive de la misma que, Porvenir le devuelva, las cotizaciones, los rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración.

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia. Indica que no se demostraron los vicios del consentimiento por error, fuerza y dolo, alegados en la demanda; en cuanto a la inversión de la carga que se realizó por parte del juez, considera que dejó pasar que el demandante contaba con mecanismos legales para retornar al régimen de prima media, de los cuales no demostró haber hecho uso aun cuando quedó demostrado que estaba enterada del termino para hacer uso del derecho al retracto, ni manifestaron su deseo de regresar al régimen de prima media; que el deber que tenía de expresar a los afiliados sobre cuál régimen le convenía o no solo se reguló en la Ley 1774 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo que no puede exigírsele ese deber al momento en que se afilió, pues no estaban vigentes aún; que lo único que se le exigía al momento del traslado era la suscripción del formulario de afiliación.

Solicita que se declare la excepción de prescripción respecto a la nulidad de traslado y sus consecuencias.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y de la parte DEMANDANTE insistieron en los argumentos expuestos ante el juzgado.

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 S.A.. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si prospera o no la excepción de prescripción.

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 la afiliada a pesar de ser abogada 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 a la afiliada 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.

En tal sentido, el deber de información no se supe 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; pues si bien se acredita la firma del formulario, 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 S.A. 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.

Contrario a lo que indican los recurrentes, 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 el juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o 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 esta sala aplica las reglas que para el efecto ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, la cual ha sido reiterada de manera pacífica, entre otras, en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018 y SL1421-2019, en el siguiente tenor:

“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.’” resalto fuera del texto original

Lo anterior, también lo señaló en la sentencia SL4360 de 2019 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). Resalto fuera del texto original

Así que, PORVENIR S.A. al omitir el deber legal de información para con el demandante, debe asumir la devolución de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, así como la devolución de los rendimientos pues estos hacen parte del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo cual la sala adicional el numeral segundo de la sentencia en el sentido de ordenar a PORVENIR que entregue a COLPENSIONES, cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, junto con las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C..

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 y sus consecuencias 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 S.A. implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual no está llamado a prosperar la excepción y se confirma la sentencia apelada.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar y precisar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 322 del 23 de octubre de 2020,

proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.** que entregue a **COLPENSIONES**, los valores que con motivo de la afiliación de JESÚS ALBERTO CALERO ESCOBAR se generaron, tales como las cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, junto con las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C..

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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.

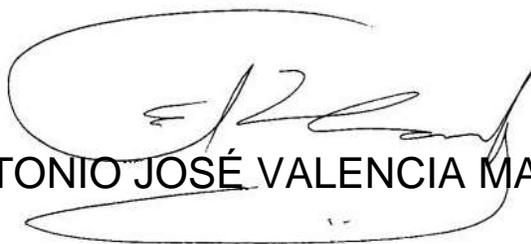
Intervinieron los Magistrados,

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:

**3f1f123b6eb50a7b082477587855fcf730bb21d5e61b01e61d9a658274c
baf9b**

Documento generado en 01/07/2021 01:50:56 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>