

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	NESTOR RODRÍGUEZ GUEVARA
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍASPORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310500620190024901
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 575

En Santiago de Cali, a los tres (3) días del mes de noviembre 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 el apoderado 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.133 del 10 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, la cual fue remitida a esta instancia el 4 de octubre de 2021.

Reconocer personería jurídica a la abogada CAROLINA ZAPATA BELTRÁN en calidad de apoderada judicial sustituta de COLPENSIONES, de conformidad con el memorial poder allegado por correo electrónico.

SENTENCIA No. 442

I. ANTECEDENTES

NESTOR RODRÍGUEZ GUEVARA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a **PORVENIR S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **PORVENIR** –, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**– en adelante **PROTECCIÓN** –, 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 ineficacia de su afiliación a **PORVENIR, PROTECCIÓN** y **PORVENIR** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene a **PORVENIR** el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones e indica que no tuvo injerencia en el traslado que realizó el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual se realizó de manera libre y voluntaria

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que el 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 Sexto Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que NESTOR RODRÍGUEZ GUEVARA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PORVENIR devolver los aportes efectuados por el demandante en todas sus modalidades, tales como bonos pensionales, cotizaciones y rendimientos que conformen el capital de su cuenta de ahorro individual, así como los gastos de administración en proporción al tiempo de afiliación en la AFP del RAIS aquí demandada.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación y solicita que se revoque la sentencia; indica que cumplido con el deber de información que estaba a su cargo según la normatividad legal que les asistía a las administradoras de fondos de pensiones al momento en que las mismas decidieron afiliarse al régimen de ahorro individual en cabeza de su representada.

Indica que la normatividad que regía para las administradoras es el Decreto 3466 de 1982 que en su artículo 14 exigía brindar una información veraz y suficiente, tal y como sucedió en el caso del demandante, por ello es que decidió afiliarse a la Administradora del Régimen Individual. Así mismo, existe el Decreto 663 de 1993 que en el art. 30 establece una obligación en cabeza de las administradoras de brindar una información necesaria para que las operaciones que se realicen sean de manera transparente. Reitera que su representada le brindó a la demandante elementos claros y suficientes acerca de las características y consecuencias que implicaba afiliarse al régimen de ahorro individual y permanecer ahí.

Refiere que la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 estableció que la elección de los regímenes pensionales debería ser libre y voluntaria, es claro que el demandante se afilió de manera libre y voluntaria con Porvenir S.A., no fue coaccionado y además de ello, el formulario de afiliación que se suscribió con su representada nunca fue tachado de falso.

Señala que el Decreto 656 de 1994 establece las obligaciones que tenían las Administradoras para esa época, sin embargo no se menciona la de entregar información a los afiliados como se exige hoy en día, las cuales fueron desarrollados a través de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia a partir del año 2008, y a través de la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las cuales no son aplicables retroactivamente y, por tanto, que no le son oponibles a su representada conforme a la época de la afiliación.

Aduce que el demandante no está en una posición comercial más débil toda vez que la información y las características por las cuales se rige la vinculación están estipuladas por la ley 100 de 1993 y sus normas complementarias y no pueden ser modificadas por ninguna de las partes, además el demandante tenía la obligación de informarse sobre el acto de traslado.

Manifiesta que el juzgado ordenó la declaratoria de la nulidad, no obstante, en lo que se relaciona con la orden del despacho de devolver los gastos de administración y rendimientos, se debe entender que su representada administró de manera diligente y oportuna los recursos que le fueron dados por parte de la demandante. Los gastos de administración cumplieron con un deber legal. Por ello, deben la demandante cubrir las pérdidas que se derivan de las restituciones mutuas, esto es, los valores de gastos de administración.

Señala que en cuanto a la prescripción, lo que se discute no es el derecho pensional del demandante, porque su representada no está

desconociendo su derecho pensional, pues ella puede acceder a la pensión de vejez en el RAIS; que lo que alega es una inconformidad por el acto de afiliación, falta del deber de información, por tanto, que esta característica sí es susceptible de prescripción de conformidad al art. 488 C.S.T. y 151 C.P.T..

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

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 S.A.. 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 gastos de administración y rendimientos, y si prospera 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 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.

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 está 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

A partir de lo anterior, no le asiste razón a **PORVENIR** cuando alega 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 se da como consecuencia de la conducta indebida de la administradora 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.

Así que, PORVENIR 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, se confirman esas órdenes y se precisa el numeral tercero de la sentencia en el sentido de indicar que la devolución de los gastos de administración deberá ser con cargo al propio patrimonio de PORVENIR.

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 consideraciones que son aplicables también para el argumento que se señala esa administradora respecto a que la devolución de los gastos de administración se encuentra prescrita, pues esta devolución tiene el objetivo de aliviar las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por lo que se hace imprescriptible.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada, y precisar el numeral tercero respecto a que los gastos de administración se descuentan con cargo al propio patrimonio de

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

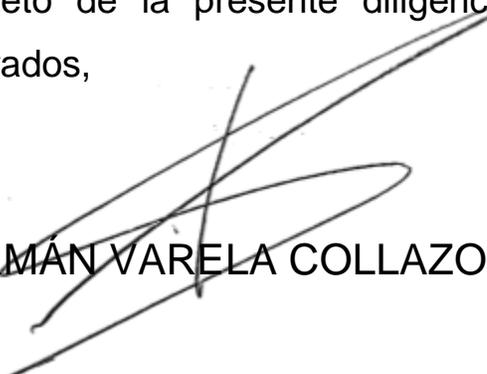
PRIMERO: PRECISAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 134 del 10 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo al patrimonio de esa administradora.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, por concepto de agencias en derecho.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr 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>.

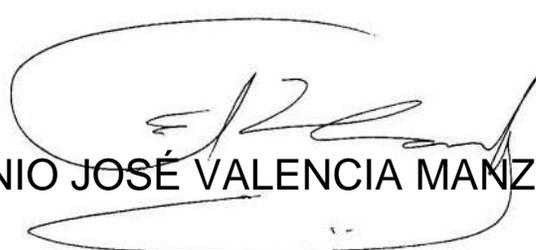
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.
Intervinieron los Magistrados,



GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO



ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

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:

**8e71569f8e05160c0020d9a5f861f2429dda94923314d7485e5b
3f3197b94c0c**

Documento generado en 04/11/2021 12:18:49 AM

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

a