

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	MARCOS CASILIMAS GUZMÁN
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501720200033001
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 675

En Santiago de Cali, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre 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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A., así como la consulta a favor de COLPENSIONES de la sentencia condenatoria No. 115 del 23 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada Laura Marcela Guzmán Mosquera en calidad de apoderada judicial sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA No. 526

I. ANTECEDENTES

MARCOS CASILIMAS GUZMÁN 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 S.A.** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PORVENIR S.A.** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y adujo que, de los documentos aportados con la demanda, no se logra inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indica que a la demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema de seguridad Social en Pensiones con la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

El **MINISTERIO PÚBLICO** indica que a **PORVENIR** le corresponde probar que cumplió con el deber de información al momento en que se trasladó el demandante al régimen que administra.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones de la demandante por cuanto brindó la información completa a la actora.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que MARCOS CASILIMAS GUZMÁN efectuó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual del señor MARCOS CASILIMAS GUZMAN, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo al patrimonio propio de PORVENIR S.A. y por todo el tiempo que perduro afiliado el demandante al RAIS., y a COLPENSIONES que reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida del señor MARCOS CASILIMAS GUZMÁN.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación para que se revoque la sentencia y se declaren probadas las excepciones propuestas; indica que la afiliación cumplió con los requisitos vigentes al momento del traslado de régimen del actor; que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma, en el entendido que fue a partir del 1° de julio de 2010 que se considera como obligatorio para su representada informe por escrito beneficios puntuales de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión, además que según los conceptos y circulares referentes a la materia se considera admisible que la información a quien quería vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad se suministrara de manera verbal, no dejando de ser por ello completa, transparente y verás, es de esta forma como las decisiones del demandante fueron de forma consciente, voluntaria y espontánea, por

haber recibido la información de manera verbal, suscribiendo el formulario de afiliación que cumplía con los requisitos de la superintendencia, así como con lo señalado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Aduce que las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas de conformidad a los artículos 1750 CC, 488 del CST y 151 del CPTSS, conforme a la sentencia con radicación CSJ SL rad. 22125 de 2014.

Alega que no procede la devolución de los gastos de administración teniendo en cuenta el artículo 1746 del CC, del cual se afirma que las restituciones mutuas que hayan que hacerse en virtud de la ineficacia del acto de afiliación, no hay lugar a devolver los deterioros que se causen del acto jurídico, por tanto que, si se declara la ineficacia no hay lugar a que se le devuelva los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual y los gastos de administración, porque éstos son los que se deben tener como las pérdidas o el deterioro que cada una de las partes deben asumir en la relación jurídica que sostuvieron a lo largo del tiempo; en cuanto a la orden de devolver los rendimientos, que bajo esa óptica es propio indicar que como no hubo afiliación, no existieron aportes ni rendimientos; y en cuanto a la orden de devolver el bono pensional si existiera se debe hacer es al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y no a Colpensiones.

Solicita que no se haga más gravosa la situación al ser el único apelante.

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:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

Señala que la demandante no reúne los requisitos para trasladarse en cualquier tiempo entre los regímenes pensionales; que con las pruebas aportadas al proceso no se demostró que el contrato de afiliación con PORVENIR carezca de validez y legalidad, razón por la cual, no hay lugar a declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual. Indica que no se puede predicar la ilegalidad de un contrato en razón a las diferencias prestacionales de los regímenes, toda vez que estas fueron establecidas desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que, en todo caso, aceptar el traslado de la demandante ad portas de adquirir la pensión de vejez implica atentar contra la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE PORVENIR

Señala que en el presente caso no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento de la demandante; que no se alegó ni se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del C.C.; que ninguno de los presupuestos legales sobre la ineficacia del traslado, según los artículos 271 de la Ley 100 de 1993 y 899 del Código de Comercio, se alegaron ni demostraron en el proceso; que el formulario suscrito por la demandante cuando se afilió al RAIS es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el párrafo del artículo 54^a del C.P.T. y S.S.. Señala que la AFP siempre le garantizó el derecho de retracto a la actora; que recibió información suficiente y nunca se preocupó por conocer aspectos para ella relevantes que ahora echa de menos, pese a los diferentes canales de atención con que contaba PORVENIR. Finalmente, reitera que no hay lugar a devolver los valores descontados por concepto de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora.

ALEGATOS DE MARCOS CASILIMAS GUZMÁN

La apoderada judicial de la demandante solicita se confirme la sentencia de instancia, como quiera que, es claro que PORVENIR no brindó información clara, suficiente y veraz al momento de la afiliación de la actora.

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 se debe o no revocar la orden que se le impuso a PORVENIR S.A. de devolver los gastos de administración y rendimientos, 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 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.

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 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 el 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 S.A.** 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 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 las nulidades 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.’”

De acuerdo con lo anterior, la sala confirma el numeral tercero de la sentencia apelada.

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 señala esa administradora respecto a que la devolución de los gastos de administración, sumas de la aseguradora y rendimientos 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.

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. Las COSTAS en esta instancia son a cargo de

PORVENIR S.A. a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

V. DECISIÓN

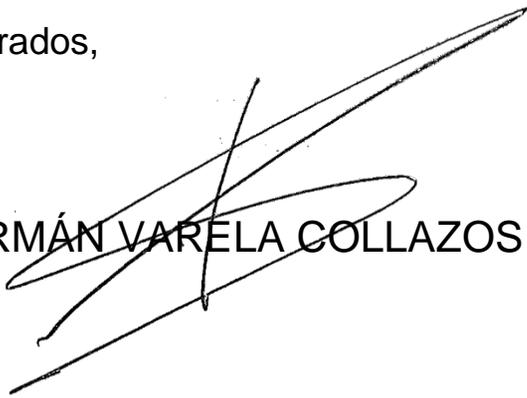
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

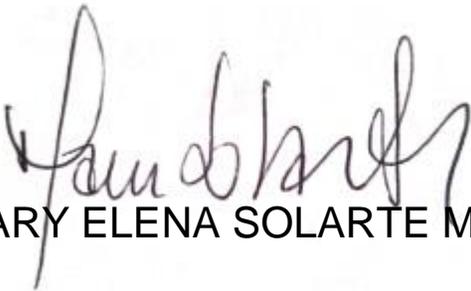
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 115 del 23 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

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

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: **ee26f9a9adea13638687fb4bf121d0b1c1d33b892a7aa46d5b425699b538f5ad**

Documento generado en 17/12/2021 03:05:38 AM

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