

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	JOVANNI SANDINO BORRAIS
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310500120220005701
TEMA	INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
PROBLEMA	LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA INEFICACIA DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 221

En Santiago de Cali, a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), 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 recursos de los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 71 del 8 de abril de 2022, proferida de manera virtual por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

Tener por reasumido el poder por parte del abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en calidad de apoderado judicial de PORVENIR S.A..

SENTENCIA No. 160

I. ANTECEDENTES

JOVANNI SANDINO BORRAIS 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 ineficacia de su afiliación a **PORVENIR S.A.** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, lo descontado por primas de seguros provisionales, bonos pensionales, lo descontado por gastos de administración con cargo al propio patrimonio de la AFP, los saldos de aportes voluntarios si los hubiere.

PORVENIR S.A. se opone a las pretensiones indicando que le ofrecieron al demandante la asesoría de conformidad a las normas vigentes para el momento del traslado; que el demandante con la suscripción del formulario de afiliación manifiesta ser consciente de las implicaciones y efectos del traslado solicitado, sin haber manifestado su voluntad de retractarse; aduce que no es factible declarar la ineficacia o inexistencia del traslado, como quiera que no se probó que faltaba uno de los elementos esenciales de este acto jurídico, ni tampoco procede la nulidad absoluta del cambio de régimen, pues igualmente no se acreditó que para ese momento el afiliado fuera incapaz absoluto, lo que entraña sin lugar a vacilación que, en gracia

de discusión, de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen, necesariamente se trataría de las catalogadas por la ley como nulidades relativas, las cuales pueden ser ratificadas de manera expresa o tácita y están sometidas al fenómeno prescriptivo.

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 Primero Laboral del Circuito de Cali resolvió:

***“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de mérito propuestas por las entidades demandadas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de ésta providencia.*

***SEGUNDO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la **AFP COLPATRIA** hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, realizado por el señor **JOVANNI SANDINO BORRAIS** el 31 de octubre de 1994. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.*

***TERCERO: ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** a devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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 también deberá devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previsto en el artículo 13, literal q). y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, valores estos que deberá devolver debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, a que admita nuevamente al señor **JOVANNI SANDINO BORRAIS**, en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la misma sin solución de continuidad y sin imponerle cargas adicionales.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** y **PORVENIR** en costas, fijándose como agencias en derecho la suma de **\$1.500.000=** a cargo de cada una y en favor del demandante.

SEXTO: CONSÚLTESE ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el presente proveído, a favor de **COLPENSIONES** en caso de no ser apelado.”

II. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que se está condenando a su representada con normas y pronunciamientos jurisprudenciales que no existían al momento en que el demandante se trasladó, que en el expediente obra prueba de la suscripción del formulario de afiliación, con el cual se demuestra el consentimiento informado del actor, lo cual ratificó con la permanencia por más de 25 años en el RAIS. Aduce que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

La apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** presenta el recurso de apelación; solicita que se revoque la sentencia. Aduce que al deber de información, buen consejo y reasesoría se le ha dado un alcance que no existía en el momento en que el demandante se afilió a su

representada. Aduce que al demandante tiene el deber de auto informarse, que el formulario de afiliación demuestra la decisión voluntaria y libre del actor de permanecer en el RAIS, lo cual ratifica con la permanencia en el tiempo.

Señala que no proceden la devolución de gastos de administración porque su representado ha generado buenos rendimientos financieros y sumas adicionales, por lo que en virtud de las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 C.C. debe conservar los frutos y mejoras que en su caso son los gastos de administración, y los de la parte actora son los rendimientos, por lo cual, que los gastos de administración y rendimientos se deben compensar, y en todo caso se encuentran prescritos. Solicita que se revoque la condena en costas.

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., COLPENSIONES y el DEMANDANTE insisten en los argumentos expuestos en el juzgado de instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PORVENIR S.A.**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se le dio a PORVENIR S.A. de devolver los gastos de administración, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiera, y la condena en costas procesales, 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 a la 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.

Por lo anterior, la sala no comparte los argumentos del apoderado de **PORVENIR S.A.** con el que indica que el acto de afiliación fue voluntario y libre porque existe el formulario de afiliación, que el demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las hizo, que no buscó información adicional; la razón por la que no se comparten, es porque la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está en cabeza de la 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 los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron 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, las sumas adicionales de la aseguradora y los rendimientos, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, en razón a que recibirá los rendimientos financieros que generó en virtud de esos gastos de administración, y unas sumas de aseguradora que no se utilizan en Colpensiones, 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, sumas de la aseguradora, 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. 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.’”

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).***

En cuanto a la orden de devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, se fundamenta en que si la ineficacia del traslado se genera por la conducta indebida de la administradora, entonces 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, pues estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal y como se ha desarrollado en la jurisprudencia antes referida en esta sentencia

De conformidad a esas consecuencias prácticas se confirma el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada.

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.

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 lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra el derecho a la seguridad social es irrenunciable, el cual, resulta imprescriptible.

Se mantiene la condena en costas impuesta a PORVENIR y COLPENSIONES, por cuanto son objetivas y dicha entidad fue vencida en el presente proceso, pues se opuso a las pretensiones de la demanda al formular excepciones. Al respecto, el numeral primero del artículo 365 del Código General del Proceso establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

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 JOVANNI SANDINO BORRAIS. Inclúyase en la liquidación de cada una en esta instancia la suma de un 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:**

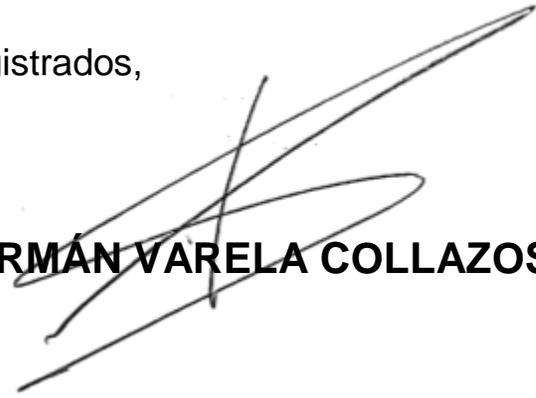
PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 71 del 8 de abril de 2022, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** a favor de **JOVANNI SANDINO BORRAIS**. Inclúyase en la liquidación en esta instancia a cargo de cada una, la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

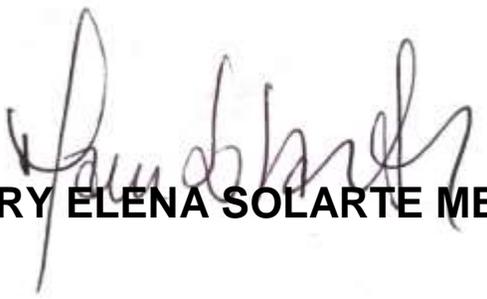
Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/36>

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

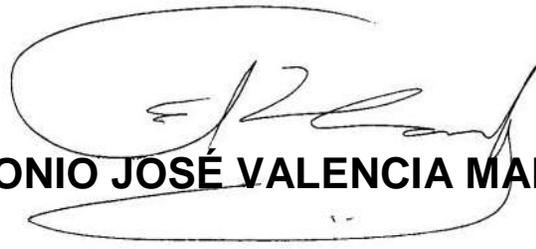
Intervinieron los Magistrados,



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: **409422ecd13ded12c44e2edce34df38cba35581e06068ec0816909c48f087ed4**

Documento generado en 31/05/2022 10:47:21 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>