

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	FLOR ELVIRA FONSECA PARRA
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍASPORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500620190005501
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 23

En Santiago de Cali, a los veintinueve (29) días del mes de enero 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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No.227 del 1° de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.17

I. ANTECEDENTES

FLOR ELVIRA FONSECA PARRA demandó 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** -, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación a **PORVENIR** porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** la totalidad de valores de la cuenta de ahorro individual.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó que **PORVENIR S.A.** cumplió el deber de información por ser una entidad de reconocida trayectoria, que no es competente para resolver la solicitud de nulidad de traslado.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones e indicó que la 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 nulidad de la afiliación que **FLOR ELVIRA FONSECA PARRA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con

solidaridad y ordenó a PORVENIR la devolución de todos los aportes efectuados por la 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. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó el recurso de apelación; solicitó que se revoque la sentencia. Indicó que con la decisión se afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

El apoderado judicial de **PORVENIR** solicitó que se revoque la sentencia, sostuvo que no existía disposición legal que obligara a su representada a que al momento del traslado de la demandante tuviera que brindar información sobre las ventajas, desventajas condiciones y características del régimen; que la única obligación que existía era la de brindar información oportuna, lo cual se cumplió mediante la asesoría verbal; que alegar la desinformación es lo mismo que indicar el desconocimiento de las normas lo cual no es excusable.

Indica que en el evento que se confirme la declaratoria de la ineficacia, entonces que se revoque la orden de devolver los gastos de administración y rendimiento. Dijo que la demandante realizó actos de relacionamiento que denotan la aceptación de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual; que no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto estos corresponden al ejercicio profesional de su representada, que en virtud de las restituciones mutual establecidas en el artículo 1746 del C.C., los gastos son la restitución a favor de su representada por haber

generado rendimientos a favor de la demandante, por lo que en el evento de condenar a devolver los gastos de administración y rendimientos genera enriquecimiento sin causa en cabeza de un tercero.

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 Colpensiones presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el juzgado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR. 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 rendimientos y gastos de administración.

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 no demostró que cumplió con el deber, que le asiste desde su fundación de informar a la 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 el juez acertó en su decisión de declarar la nulidad del traslado de la 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 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 y rendimientos 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, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio. En la sentencia SL4360 de 2019 en la rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* 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).

Por tanto, en cuanto a la orden de devolver los gastos de administración la Sala precisará la sentencia indicando que tal devolución la hará PORVENIR S.A. con cargo al patrimonio.

Por lo anterior, la orden que se dio a **COLPENSIONES** de recibir al demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues como quedó dicho, recibirlo se correlaciona con la devolución que debe hacer **PORVENIR** de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, las comisiones y los gastos de administración.

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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada, y se precisa 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 COLPENSIONES a favor de la 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: PRECISAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 227 del 1° de octubre de 2020, 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 las comisiones y el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio.

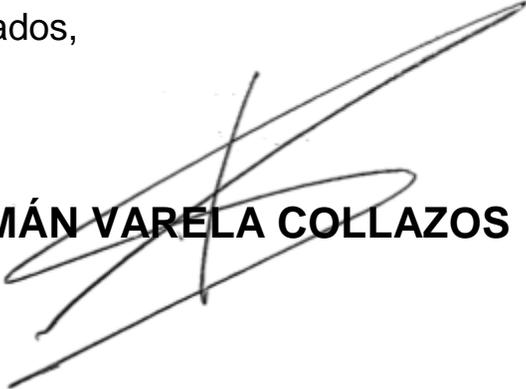
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

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>.

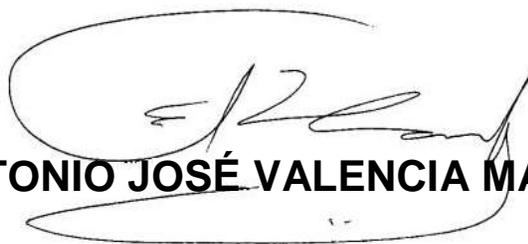
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

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:

**b24328250b36fbd8f92e662d302f13a1eeeba6c4462a558212f5
e320eed8e368**

Documento generado en 29/01/2021 08:45:43 PM

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

a