REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	DAVID FLÓREZ ANDRADE
DEMANDADOS	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.. COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS S.A..
RADICACIÓN	76001310501720200029501
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 LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 672

En Santiago de Cali, a los dieciséis (16) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), 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. 108 del 17 de agosto de

2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 523

I. ANTECEDENTES

DAVID FLÓREZ ANDRADE 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-**, y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS –** en adelante **COLFONDOS –**, con el fin de que se declare la ineficacia de su afiliación a **COLFONDOS** y **PORVENIR** y se ordene el traslado a **COLPENSIONES** de la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones e indicó 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 se opuso a las pretensiones y señaló que la afiliación realizada por el demandante al RAIS se presentó en virtud de su derecho a escoger libremente el fondo de pensiones para administrar sus aportes y se cumplió con todos los presupuestos de ley; que el formulario de vinculación contiene la firma del accionante, por tanto, no existió presión ni coacción para efectuar el traslado, el cual no está viciado en el consentimiento.

COLFONDOS se opuso a las pretensiones. Señala que cumplió con el deber de información vigente a la fecha del traslado.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia de la afiliación que DAVID FLÓREZ ANDRADE realizó al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS y ordenó a PORVENIR la devolución de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y gastos de administración. También ordenó a COLFONDOS la devolución de los gastos de administración.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación e indica que en el proceso no se demostró la falta de información por parte de la AFP demandada. Señala que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir con el requisito mínimo para pensionarse por lo que la decisión del juez contraría lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 797 de 2003.

La apoderada judicial de **PORVENIR** presenta el recurso de apelación, alega que el demandante nunca se afilió al RPM, sino que su primera vinculación fue al RAIS a través de COLFONDOS, por lo que afirma que no hay lugar a declarar la ineficacia de traslado alguno. También alega que su representada sí cumplió con las obligaciones vigentes para el momento del traslado, que se le brindó una asesoría verbal de forma suficiente; que a la fecha de afiliación no estaba obligada a brindar información por escrito; que el demandante suscribió formulario de afiliación el cual de manera expresa indica que se realizaba de manera libre y voluntaria, conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo cual, que no se puede tener como un simple requisito formal, ni desconocer las consecuencias jurídicas que esa afirmación produce.

Indica que, en el evento en que se confirme la ineficacia de la afiliación, se revoque la condena a devolver los descontado por concepto de gastos de administración, porque corresponden a un porcentaje que retribuye la labor de la AFP; que en los casos donde se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación solo procede la devolución de aportes y rendimientos, pero no de gastos de administración, los cuales, en todo caso, ya se causaron y sirvieron para administrar los dineros en la cuenta del demandante, como contraprestación a una buena gestión de administración y conforme a la ley.

Solicita se tenga en cuenta la excepción de prescripción frente a la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, PORVENIR presentó alegatos de conclusión en los que se ratificó en lo manifestado en el recurso de apelación.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resuelve el recurso presentado y la consulta a favor de COLPENSIONES, en el sentido de determinar si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** –a **COLFONDOS** y **PORVENIR**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR, 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. Ello quiere decir que las AFP están obligadas a brindar información clara, precisa, completa, veraz y suficiente a los trabajadores al momento de su vinculación, ya sea que provengan de un traslado de régimen pensional o, de una vinculación inicial al sistema general de seguridad social en pensiones. Se resalta que el deber de información es igual en ambos casos.

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 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.

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, Sl19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

COLFONDOS y **PORVENIR** no demostraron que cumplieron con el deber, que les 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 el juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

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, sumas de la aseguradora, 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.´"

En lo que refiere a la orden de devolver los gastos de administración, 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 una nulidad sustanciales derivadas del derecho privado, pues aquí lo que operó fue una ineficacia de la afiliación por ausencia de información.

Así las cosas, la nulidad del traslado conlleva la devolución de las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los gastos de administración con cargo al propio patrimonio de COLFONDOS y PORVENIR, los rendimientos financieros, bonos pensionales que hubiera recibido, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. Tal y como lo ha dejado sentado la Corte Suprema, Sala Laboral en las sentencias SL 31989 del 9 de septiembre de 2008, SL 4964 de 2018 y SL4989 de 2018 y SL 1421 de 2019.

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. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR** y **COLPENSIONES** a favor del demandante, inclúyanse en

la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente a cargo de cada una, 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: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 108 del 17 de agosto de 2021, proferida de manera virtual por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

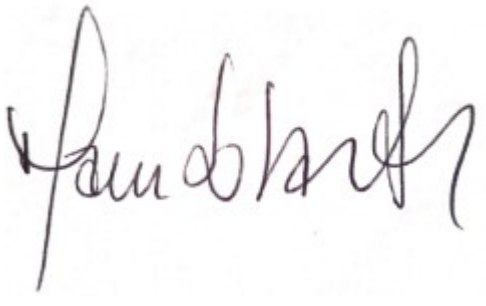
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR** y **COLPENSIONES** a favor de **DAVID FLÓREZ ANDRADE**. Inclúyase en la liquidación de esta instancia la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una, como agencias en derecho.

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/sentencias.

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

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: **a23a364097fb99a1515366e7245bd27ae85a83071d64c222e501c673c2b694ec**

Documento generado en 15/12/2021 10:48:09 AM

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