

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	MARTA ELISEA ESPINOSA CHAVARRO
DEMANDADO	LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310500220170006701
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No.177

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de agosto de dos mil veinte (2020), 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 art. 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, así como la consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia condenatoria No. 16 del 29 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali.

RECONOCER PERSONERÍA jurídica a la abogada GABRIELA RESTREPO CAICEDO en calidad de apoderada judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de conformidad a la escritura pública presentada a través de correo electrónico el 21 de julio de 2020.

RECONOCER PERSONERÍA jurídica al abogado JEFFERSON TORRES RAMÍREZ en calidad de apoderado judicial sustituto de COLPENSIONES de conformidad al memorial poder presentada a través de correo electrónico el 22 de julio de 2020.

SENTENCIA No.131

I. ANTECEDENTES

MARTHA ELISEA ESPINOSA CHAVARRO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - 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** de los aportes, rendimientos financieros y los intereses legales del 6%.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y expuso que la demandante realizó su traslado de forma libre y espontánea de conformidad con la ley, que contó con el tiempo para investigar y documentarse acerca de las ventajas, desventajas y de las consecuencias que acarrearía el cambio de fondo pensional. Indicó que la afiliada ya no cumple con los requisitos exigidos por la ley para

devolverse del régimen de ahorro individual al RPM, y que de hacerse se generaría un detrimento patrimonial para COLPENSIONES.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación, que por el contrario, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizada por la demandante, indicó que a la fecha de traslado los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicita la parte actora.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual y ordenó a PORVENIR la devolución de los aportes y los rendimientos. Conforme a la audiencia grabada en el CD glasado a folio 178, y no al acta glosada en el expediente, pues ésta no es fiel a la decisión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PORVENIR interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Señaló que *“se sigue desconociendo la diferencia entre los dos regímenes. Este régimen de ahorro individual con solidaridad es claro de que tiene una serie de ventajas que no las tiene el régimen de prima media y que no permitían en ese momento cuando se además se desconoce que en ese instante no era obligatorio hacer la expresión escrita de las ventajas que el régimen de ahorro individual tenía la información era verbal no se puede hacer una semblanza de las ventanas porque muchas de los beneficios*

que tiene el RAIS son primero hacia futuro y segundo dependen también de la, cosa que no ocurre en COLPENSIONES, y también dependen del esfuerzo que hubiera podido o querido hacer el afiliado y que por alguna circunstancia no lo hizo. De modo que cuando lo que se compara es diferente pues no se puede establecer un comportamiento equivocado en un sentido o en el otro, si es que no está el mismo rasero para sopesar lo que uno deja de supuestamente informar en perjuicio de quién quiere aprovechar sus beneficios; segundo, nos parece a nosotros que por vía de Jurisprudencial se está prácticamente legislando no hay ninguna declaratoria de inexecutable de la norma que por ley impide devolverse al régimen de prima media de los afiliados cuando le falte menos de 10 años. (...) La información era verbal, no por escrito, se está invirtiendo la carga dinámica de la prueba, se desconoce la buena fe, se desconoce el principio de la seguridad jurídica”.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 se presentaron los siguientes alegatos:

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. reiteró la solicitud encaminada a que la Sala revoque la sentencia.

Indicó que su representada no se vulneró ningún derecho en cabeza de la demandante por no suministrar información. Lo anterior, teniendo en cuenta que, al momento de la afiliación de la demandante, el 01 de enero del 2005, se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, norma que regulaba a las AFP y además de ello, no existía disposición alguna respecto de la información que debían otorgar las AFP a los futuros afiliados.

Insistió en que su representa proporcionó a la demandante una información clara, veraz y oportuna sobre las características y consecuencias de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual, por ello, es que la demandante decidió suscribir el formulario de afiliación; que no obstante, no existe registro documental de la misma toda vez que para esa época las Administradoras de Fondos de Pensiones no estaban obligadas a llevar tal registro, por lo que la suscripción del formulario de afiliación, que para la época cumplía con los requisitos exigidos, debe valorarse como prueba determinante para el cumplimiento del deber de información en cabeza de la entidad a la que represento.

Indicó que la actora contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, por lo que concluyó que ella siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y que como consumidora financiera tiene deberes en sus actos.

Calificó de anacrónica la decisión de la juez de instancia porque en su decir se aplicaron normas y cargas en el deber de información que no estaban vigentes al momento en que la demandante se trasladó de régimen.

Que no es una consecuencia práctica lógica la orden de devolver los rendimientos financieros, puesto que la ineficacia implica retrotraer las cosas a un estado inicial, por lo que su representada nunca debió administrar los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante y, por ello, nunca debieron generarse los respectivos rendimientos financieros.

Que no procede la orden de devolver los gastos de administración en la medida que, durante el periodo de afiliación la AFP las invirtió conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR; en caso afirmativo, definir cuáles son las consecuencias.

Respecto del **deber de información**, 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 es 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.

El deber de información no se suple con los formularios de afiliación, ni con las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP, pues con estas se podría acreditar la firma del formulario, pero no el consentimiento ni la información brindada. Respecto al deber 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 y SL 1688 de 2019.

PORVENIR 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. Era carga suya demostrarlo, y no de la demandante, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo 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 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.

La nulidad del traslado conlleva el traslado de parte de PORVENIR a COLPENSIONES de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, junto con las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS, los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., tal y como en varias oportunidades lo ha dispuesto la Corte Suprema, entre otras en la sentencia SL17595-2017, que rememoró la sentencia SL del 8 sep. 2008 con rad. 31989.

Por tanto, se confirma el numeral primero de la sentencia y se adiciona en el sentido de ordenar a PORVENIR la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales en el evento que los hubiera, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.

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.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

IV. DECISIÓN

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE:**

PRIMERO¹: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 16 del 29 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previstos en el artículo 13, Literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por los periodos en

¹ Téngase en cuenta la parte resolutive de la sentencia grabada en CD glosado a folio 178, puesto que el acta que obra en el expediente no es fiel a esa decisión. Además, para todos los efectos, el nombre de la demandante es MARTHA ELISEA ESPINOSA CHAVARRO y no como la nombró la juez.

que administró las cotizaciones del demandante, los bonos pensionales que hubiere recibido, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.

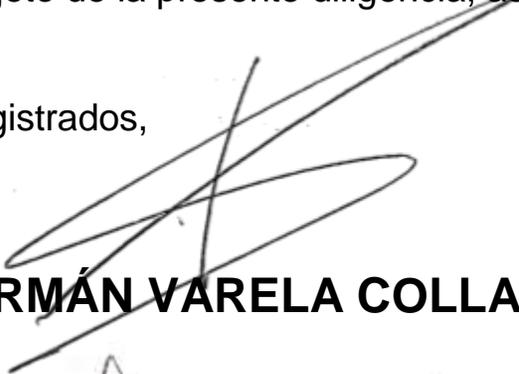
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia consultada y apelada en todo lo demás.

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

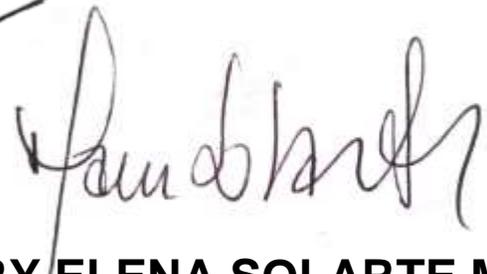
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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 2 SALA LABORAL 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:

256689d79aa66f523992ffe4fd325508db9bd0e193b70947a6abe464b5206f

79

Documento generado en 11/08/2020 03:38:02 p.m.