REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	RAÚL FIGUEROA CHÁVEZ
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500820190044601.
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 221

En Santiago de Cali, a los ocho (8) días del mes de septiembre de dos mil veinte (2020), 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 resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de COLPENSIONES, así como la consulta de esta en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 05 del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la Abogada Gabriela Restrepo Caicedo en calidad de apoderada judicial PORVENIR S.A., demandada dentro del proceso de la referencia, de acuerdo con el poder general conferido a través de

escritura pública No. 01717 del 16 octubre de 2019 a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., a la cual está inscrita como abogada tal y como consta en su certificado de existencia y representación legal.

SENTENCIA No.158

I. ANTECEDENTES

RAÚL FIGUEROA CHÁVEZ 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 S.A. porque no cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y expuso que la parte activa no logró siquiera inferir la nulidad de la filiación ni el error o vicio alguno del consentimiento. Indico que no es procedente realizar un traslado de régimen pensional en cualquier tiempo debiendo atenerse el demandante a lo establecido en la normatividad. **PORVENIR** mediante curadora Ad Litem se atuvo a las pruebas del proceso.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito declaró la ineficacia del traslado que realizó RAÚL FIGUEROA CHÁVEZ del régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y ordenó a

PORVENIR la devolución de los aportes, los rendimientos, y gastos de administración.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación y señaló que el demandante cuenta con más de 52 años de edad y la nulidad e ineficacia del traslado alegada no procede de conformidad al literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que dispone que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

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

El apoderado judicial de Colpensiones reiteró lo dicho en el recurso de apelación.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir S.A. solicitó que se revoque la sentencia, al considerar que su representada no vulneró ningún derecho al demandante por no suministrar información, teniendo en cuenta que, al momento de la afiliación del demandante, esto es, el 1° de noviembre de 1998, 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.

Dijo que el actor contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y, pese a ello, no lo hizo, lo que permite argumentar que siempre mantuvo un interés en mantenerse vinculado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Adujo que la juez de primera instancia para imponer la condena en contra de su representada ha tenido fundamento en un análisis anacrónico de esta caso, porque pretende que se demuestre el cumplimiento de formalidades que no se encontraban vigentes al momento de la afiliación del demandante y que fueron desarrolladas con posterioridad, inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y más adelante, por normas tales como el Decreto 2555 del 2010, el Decreto 2071 del 2015 y la Ley 1748 del 2015. Dijo que la normatividad vigente al momento de la afiliación era el Decreto 3466 de 1982, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 e incluso la Ley 100 de 1993, de las cuales no se puede extraer que su representada debía cumplir con un deber de informar tan taxativo como se le exige en la sentencia.

Indicó que el 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 su representada; que esa afiliación no puede catalogarse como la suscripción de un contrato, puesto que se trata de una mera afiliación al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en donde ninguna de las dos partes se encuentra en la capacidad de negociar las condiciones sobre las cuales se va a prestar el servicio de aseguramiento de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, puesto que las mismas se encuentran taxativamente reguladas en la Ley 100 de 1993. Por lo que debe considerarse que los afiliados y la AFP se encuentran en una misma posición negocial. Además, que la inconformidad que presenta el actor ni siquiera está relacionada con el acto de afiliación que realizó en el año de 1998, si no con una cuestión meramente aritmética.

Alegó que no es viable que se ordene a su representada la devolución de gastos de administración, por cuanto dichos rubros ya se agotaron o extinguieron por haber sido destinados al cumplimiento de su objetivo, esto es, el manejo de los fondos y la cuenta de ahorro individual, y esto es así debido a que por exigencia de la ley la Administradora está obligada a invertirlos en la obtención de una rentabilidad mínima que debe ser garantizada a los afiliados.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entones, 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 S.A.; en caso afirmativo, definir cuáles son las consecuencias.

Contrario a lo señalado por PORVENIR y COLPENSIONES, 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 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 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.

En tal sentido, el deber de información no se suple ni 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; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado, pues con ellos 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, Sl19447 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 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 que el acto de afiliación fue voluntario y libre, en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está 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 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.

Además, es subjetivo y sin ningún sustento la conclusión a la que llega PORVENIR, consistente en que el demandante estuvo conforme con la administración que realizaba sobre el capital ahorrado.

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 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, 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. en la sentencia SL4360 de 2019 la Corte Suprema de Justicia 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, se confirma 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 modificar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia 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:**

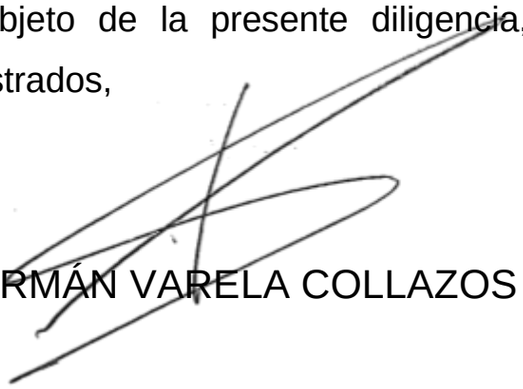
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 05 del 27 de enero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR** que la devolución del porcentaje de los gastos de administración es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que administró las cotizaciones del demandante, a devolver 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.

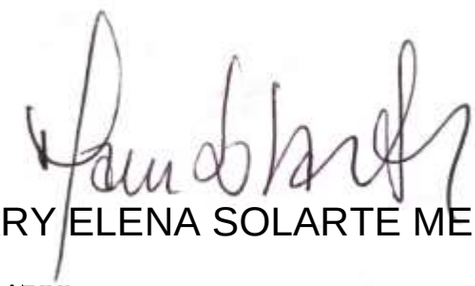
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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 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:

da439fa85c3a106a869d77cb9baf8a6bd1fcfb92dc2e79d6272d3544cbfa9a46

Documento generado en 08/09/2020 02:51:02 p.m.