

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE	GABRIEL OCTAVIO VÉLEZ CORREA
DEMANDADO	LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501320190013901
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No.226

En Santiago de Cali, a los ocho (8) días del mes de septiembre 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 los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de PORVENIR S.A. y la apoderada judicial de COLPENSIONES, así como la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 064 del 9 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.163

I. ANTECEDENTES

GABRIEL OCTAVIO VÉLEZ CORREA 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 al RAIS porque la AFP 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.

PORVENIR se opuso a las pretensiones indicando que el traslado del demandante se realizó con el lleno de los requisitos legales y su decisión fue libre, espontánea y sin presiones. **COLPENSIONES** indicó que la nulidad se debe probar y que el actor por estar próximo a cumplir la edad pensional debe permanecer en **PORVENIR**.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez declaró la ineficacia del traslado que realizó **GABRIEL OCTAVIO VÉLEZ CORREA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual y ordenó a **PORVENIR S.A.** la devolución de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses, rendimientos causados, gastos de administración con cargo a su propio patrimonio

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. dijo que no es equitativo que se le asigne cargas probatorias de actos que con el tiempo pueden haber desaparecido y cuando la norma vigente en el tiempo no le asignaba mantener por escrito la asesoría brindada, pues la asesoría que se debía brindar al demandante era verbal.

Indicó que su representada no tiene la posibilidad de probar porque las circunstancias al momento de afiliación eran muy distintas; que en cada proceso se debe verificar si el demandante es lego, pues no es una regla general; indicó que el demandante como consumidor financiero no solo es sujeto de derechos, sino que tiene deberes de diligencia y cuidado.

La apoderada judicial de COLPENSIONES presentó el recurso de apelación. Indicó que no ha tenido participación dentro del traslado que realizó el demandante; que al decretar la ineficacia se atenta contra el principio de sostenibilidad financiera de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política; que la Corte Constitucional en la Sentencia SU130 de 2013 manifestó que únicamente los afiliados con 15 años de servicios o más cotizados al 1° de abril de 1994 pueden retornar al régimen de prima media en cualquier tiempo; que en la sentencia T-489 de 2010 esa Corporación expresó:

‘la sala se permite destacar dos ideas relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional, entre ellas son: a) la primera tiene que ver con la protección del capital pensional, no se puede permitir la descapitalización del fondo, si personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando les falta ya menos de diez años para concretar su pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema; b) desde una perspectiva social se contraría la equidad y se abandona el valor

de la justicia material al permitir que personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales entrar a beneficiarse a subsidiarse a costa de las cotizaciones y riesgos asumidos por otras, y no por ellas mismas.

Señaló que la sostenibilidad financiera del sistema representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de los colombianos de manera sostenida e indefinida, en tanto que este tipo de procesos generan una situación caótica que desvertebra la debida planeación en la asignación y distribución de los recursos del sistema pensional a desconocer la irreductible necesidad de que dichas condenas se cumplan previa la ordenada gestión de los recursos que en la mayoría de los casos no están presupuestados.

Pidió que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada.

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 COLPENSIONES

La apoderada judicial de Colpensiones indicó que el traslado efectuado por el actor al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen, suscrito en el mes de febrero de 1999 y, la omisión en el deber de información alegado por el demandante, no quedaron plenamente probados en el desarrollo del proceso; que no pueden considerarse a todos los afiliados como una parte débil e indefensa, la misma ley previó distintos deberes en cabeza de los mismos con el fin de que por interés propio se asesoren de la mejor manera; que no pueden desconocerse las situaciones que rodean

cada caso y que de alguna manera le permitían al demandante obtener información mínima durante el paso del tiempo; que la carga dinámica de la prueba no puede invertirse de una forma arbitraria y sin considerar los aspectos particulares de cada caso debidamente individualizado; insistió que el derecho a trasladarse no es absoluto y debe atender los criterios de sostenibilidad financiera y expectativas pensionales.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala resolverá es si se debe o no declarar la nulidad del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR S.A; en caso positivo, definir cuáles son las consecuencias y si se afecta o no la sostenibilidad financiera del sistema.

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.

En cuanto a 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.

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.

Así las cosas, la Sala considera que el 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 la devolución a COLPENSIONES de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, junto con las cotizaciones efectuadas por el 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, SL 4964 de 2018 y SL4989 de 2018 y SL1421 de 2019; por tanto, no le asiste razón a COLPENSIONES cuando señala que la nulidad de traslado declarada afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues no recibirá solo al demandante, sino con los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual y los dineros que no está ahí, PORVENIR deberá devolverlos con cargo a su propio patrimonio.

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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A. y a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una 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:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 64 del 9 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali.

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

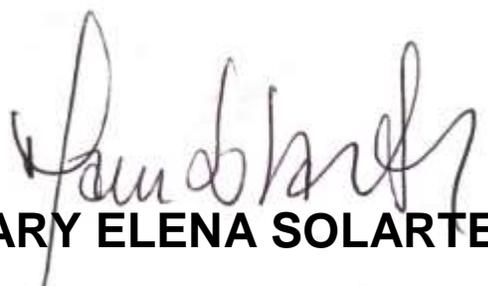
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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:

f0a810306df3e309df84aa132c7242bcefede8da9b427e
6cbb78a3080b61a1e1

Documento generado en 08/09/2020 01:40:36 p.m.