

# REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



## TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	FERNANDO EMILIO SILVA CONCHA
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-  SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
RADICACIÓN	76001310501620190022201.
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA Y ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

### AUDIENCIA PÚBLICA No. 222

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 los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y de COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 69 del 2 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

Se reconoce personería a la Abogada Angela Rocio Cuellar Nariño en calidad de apoderada judicial sustituta de COLPENSIONES, el poder de

sustitución otorgado a Diego Fernando Caicedo Trochez queda sin efecto en virtud del poder concedido con posterioridad al Abogada Cuellar Nariño.

## **SENTENCIA No.159**

### **I. ANTECEDENTES**

**FERNANDO EMILIO SILVA CONCHA** 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 S.A.**-, 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 S.A.** a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones y expuso que el traslado a la fecha goza de plena validez, que el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, que no se demostró la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al régimen de ahorro individual, que no se demostró vicio en el consentimiento, asalto a la buena fe o engaño en el momento en que se afilió al régimen de ahorro individual.

**PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante suscribió solicitud de vinculación a Porvenir S.A. como traslado de régimen de manera libre espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La Juez declaró la ineficacia del traslado que realizó FERNANDO EMILIO SILVA CONCHA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual y ordenó a PORVENIR S.A. la devolución de los aportes y los rendimientos.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. apeló la sentencia solicitando que se revoque bajo los siguientes argumentos indicó que en la asesoría brindada por su representada al demandante se expusieron las particularidades, bondades y limitaciones de cada régimen, para que el eligiera la opción que le resultara más beneficiosa, que su consentimiento para el traslado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación conforme lo dispone el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, que lo allí escrito no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante que se presupone es una persona capaz de contraer obligaciones y quien tiene diferentes estudios.

Dijo que la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto del principio de autonomía privada y dentro de sus planteamientos incluyen la configuración de lo que es el concepto del consumidor establecido en la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011; que no se demostró dentro del presente proceso que la voluntad del afiliado haya sido completamente viciada o defectuosa porque faltar al deber de información no configura un defecto total de dicha voluntad cuando no concurre un elemento de la esencia de determinado acto; que su representada para la época de suscripción del contrato de afiliación cumplió a cabalidad con lo estipulado en la Ley y que se escapa de su representada la competencia de interpretar una normatividad que para el tiempo de traslado del afiliado no

era tan clara respecto a lo que era el procedimiento del traslado y la información que se debía suministrar, información que con el paso de los años la Corte Suprema de Justicia y otros órganos competentes comienzan a precisar como por ejemplo la normatividad referente a la doble asesoría y entre otras que salieron tiempo después.

La apoderada judicial de COLPENSIONES presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia, indicó que no se logra evidenciar el engaño alegado por el demandante, pues éste ha permanecido durante más de 20 años afiliado al Régimen de Ahorro Individual sin que en ningún momento hubiera manifestado su inconformidad; que al momento en que se realizó la filiación por parte del demandante no existía obligación alguna para prohibir el traslado efectuado.

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**

Teniendo en cuenta que presentó dos memoriales de alegatos en fechas diferentes, se tendrá en cuenta el último que se allegó por haberse presentado dentro del término concedido para tal fin, reiterando lo dicho en primera instancia solicitó que se revoque la sentencia.

### **ALEGATOS DE PORVENIR S.A.**

El apoderado judicial de Porvenir S.A. indicó que no es posible decretar nulidad bajo el argumento de que una prestación pensional sea superior en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o en el Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad; que no es procedente que se ordene a su representada devolver los gastos de administración.

## **ALEGATOS DE FERNANDO EMILIO SILVA CONCHA**

La apoderada judicial del demandante indicó que debe confirmarse la sentencia y ordenar a COLPENSIONES que reciba en el Régimen de Prima Media a FERNANDO EMILIO SILVA y condenar a PORVENIR S.A. a devolver a dicho régimen todos los aportes y saldos existentes en la cuenta de ahorro individual del actor sin descuento de gastos de administración o mermas sufridas en el capital.

### **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 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 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.

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.

En tal sentido, el deber de información no se supe 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, como equivocadamente lo dicen los recurrentes, 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 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** 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 el argumento de los recurrentes al indicar que el acto de afiliación fue voluntario y libre; que permaneció por más de 20 años afiliado al RAIS, 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 desvirtuarse 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.

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 el numeral segundo de la sentencia y se adiciona en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. 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 de COLPENSIONES 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.

## 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** el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 0069 del 02 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis 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 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.

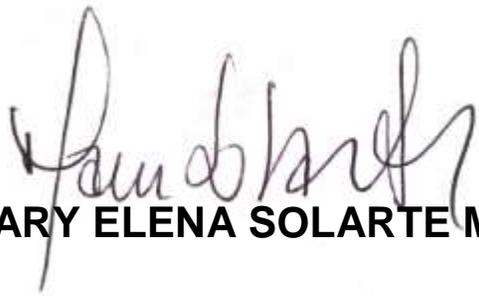
**TERCERO: COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y de COLPENSIONES a favor del demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a cargo de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

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>.

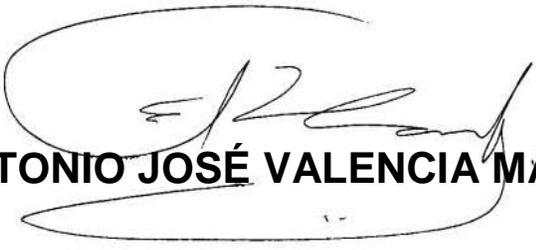
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina. Intervinieron los Magistrados,



**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:

**74ba79c023860a832314a2cef1530b0a3718c687c83a9ce8e70  
dda2353ed83e6**

Documento generado en 08/09/2020 02:52:50 p.m.