

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	HUGO MARIN LOUDE
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500120190018101.
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. 149

En Santiago de Cali, a los veintiocho (28) días del mes de julio 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 artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 57 del 25 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.106

I. ANTECEDENTES

HUGO MARIN LOUDE 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 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 y rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y expuso que el traslado a la fecha goza de plena validez, toda vez que es potestad única y exclusiva del afiliado sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaban 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, que tampoco 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 hay vicios en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilió al régimen de ahorro individual.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme se desprende de la solicitud de afiliación, garantizándose el derecho de retracto.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez Primera Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó HUGO MARIN LOUDE del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a PORVENIR la devolución de todos los valores que hubiera recibido con motivo de su afiliación, con los rendimientos que se hubieren causado y el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su patrimonio.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación contra la decisión de instancia; señaló que el demandante cuenta con 61 años, por lo tanto, no se encuentra dentro de las excepciones del artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que se encuentra debidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que no se demostró vicios en su consentimiento; que con la declaratoria de nulidad se afecta la sostenibilidad financiera del sistema por cuanto se está permitiendo que un afiliado se beneficie de un fondo constituido por aportes de otras personas y al que no ha realizado la totalidad de las cotizaciones.

El apoderado judicial de PORVENIR apeló la sentencia solicitando que se revoque bajo los siguientes argumentos: **i)** que en la asesoría brindada por su representada al demandante se expusieron las particularidades, bondades y limitaciones de cada régimen, para que él 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; **ii)** adujo que la orden de devolver los gastos de administración están debidamente autorizados en la ley y tienen por objeto que la cuenta de ahorro individual de los afiliados generen unos rendimientos y permitan la administración de la cuenta de ahorro individual; **iii)** que la condena en costas no procede porque su representada ha actuado de buena fe con estricta sujeción a la ley.

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, en los que se solicita la revocatoria de la sentencia de instancia:

ALEGATOS DE COLPENSIONES

La apoderada judicial de COLPENSIONES señaló que no es dable el traslado de régimen pensional a personas que, sin ser del régimen de transición por tiempo de servicios y le falten menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad para tener derecho a la pensión de vejez; que el traslado de Hugo Marín Loude tiene plena validez porque ha permanecido afiliado a PORVENIR desde enero de 1996; que la C.S.J. en la sentencia SL 413-2018 señaló: *“Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado”.*

ALEGATOS DE PORVENIR

PROVENIR reiteró que no se probó la existencia de algún vicio del consentimiento en el cambio de régimen del demandante, según lo previsto en el artículo 1741 del C.C., lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con PORVENIR es eficaz.

Dijo que el formulario de afiliación no fue tachado de falso; por el contrario, en el interrogatorio de parte el demandante aseveró haberlo firmado de manera libre y voluntaria; también manifestó que, los asesores fueron a su oficina para realizar el traslado y tuvo la oportunidad de hacer preguntas pero no las realizó, tampoco buscó información adicional aunque conocía de todos los canales de PORVENIR; que estuvo afiliado al RAIS sin que buscara información adicional; que el demandante confesó en el interrogatorio de parte que permaneció más de 20 años afiliado al RAIS, sin buscar información adicional, lo que nos lleva a concluir que siempre estuvo conforme y satisfecho con la administración que realizaba PORVENIR sobre el capital ahorrado;

Alegó la jueza de instancia omitió hacer la diferencia entre la nulidad y/o ineficacia de traslado de RPM al RAIS efectuada por la AFP, ya que son dos figuras distintas y conllevan consecuencias diferentes; sin embargo, ninguna es aplicable al caso de marras puesto que si hablamos de nulidad debemos remitirnos al art. 1741 C.C y art. 899 C. Co., referentes a la nulidad absoluta y nulidad relativa, sin que en el presente caso se hubiera alegado o demostrado la incapacidad por parte del demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación.

Argumentó que las proyecciones no eran necesarias para el año 1999 y si se hubieran hecho no tendrían datos ciertos; que el demandante no se preocupó por conocer las modalidades de la pensión o recordarlas; pues se excusa en que, aunque es abogado no es especializada en derecho

laboral; tampoco aprovechó la divulgación de información que brinda PORVENIR mediante sus canales de atención.

Indicó que al ordenar el traslado de los gastos de administración a Colpensiones se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esa demandada, en la medida en que no existe norma que disponga tal devolución, pues en forma clara y sin lugar a interpretaciones diferentes, el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe el cambio de régimen; indica que no procede declarar en forma automática la declaratoria de la nulidad y/o ineficacia del traslado, pues siempre es necesario que se analice en cada caso la situación particular del afiliado.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entones, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la nulidad del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria, si se debe o no revocar la orden que se le impuso a PORVENIR de devolver los gastos de administración y la condena en costas procesales.

La Sala advierte, en consideración a lo alegado por el abogado de PORVENIR que, ciertamente la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado debe analizarse teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto y de acuerdo al material empírico o probatorio que obra en el expediente, lo que permite a la Sala hacer el estudio más fino, más detallado y más sistemático posible como se hace para este caso; así mismo para la Sala es claro que el legislador garantizó la libertad de

elección del régimen pensional en cabeza del afiliado, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva.

Sin embargo, sin pasar por alto los derechos fundamentales que deben estar insertos en la decisión pues “*tratándose del reconocimiento de pensiones, la prerrogativa a la seguridad social adquiere relevancia vital, por constituir un ingreso económico a través del cual se garantiza la subsistencia de los adultos mayores en sus últimos años de vida y así lo ha dejado sentado en múltiples fallos de tutela la Corte Constitucional*”¹ y esto envuelve de manera integral la solicitud de nulidad o ineficacia del traslado, que realiza el demandante, en razón a que su derecho a la seguridad social, a tener una pensión que garantice de la mejor manera su subsistencia, está en vilo debido al traslado del que aduce no fue realizado con el consentimiento informado.

En lo que sigue se resolverán en conjunto los recursos presentados por los apoderados judiciales de COLPENSIONES y PORVENIR, y la consulta a favor de COLPENSIONES.

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

¹ Véase los fallos T-343 de 2014 y la T-079 de 2016.

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, 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 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.

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 del apoderado de PORVENIR con el que indica que el acto de afiliación fue voluntario y libre porque el formulario de afiliación no fue tachado de falso; que el demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las realizó; que no buscó información adicional; 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 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 llegan los recurrentes, consistente en que el demandante estuvo conforme con la administración que realizaba PORVENIR sobre el capital ahorrado.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Lo que procede entonces, es la ineficacia de la afiliación, nulidad o ineficacia del traslado, como se quiera denominar. La Sala considera que el uso del término nulidad de traslado se abordó como una consecuencia de la trasgresión del deber de información, por lo cual, no es recibo lo que alega PORVENIR, que no encaminó su defensa como era propio, debido

a que lo hizo como si se tratara de una nulidad sustancial, pues en este proceso quedó planteado que la nulidad del traslado se sustenta en la ausencia de información, lo cual, se entiende que nulidad de traslado e ineficacia del traslado en este proceso se expusieron como sinónimos que tienen las mismas consecuencias jurídicas.

Respecto a esa diferencia entre nulidad relativa y absoluta que trae de presente el apoderado de PORVENIR, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral precisó en la sentencia CSJ SL4369 de 2019 que:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia”

Lo anterior, debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia. En efecto, el citado precepto refiere que cuando «el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral [...] la afiliación respectiva quedará sin efecto».

Nótese que de acuerdo con esa disposición cualquier atentado o transgresión contra el derecho del trabajador a la afiliación libre y voluntaria a un régimen pensional se sanciona con la ineficacia del acto. Y resulta que una de las formas de atentar o violar los derechos de los trabajadores a una afiliación libre es no suministrarle la información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias de su traslado de un régimen pensional a otro.

Ahora bien, podría contra argumentarse que ese precepto alude a una acción del empleador o de cualquier persona tendiente a engañar al trabajador; sin embargo, para la Corte esta es una lectura incompleta y reduccionista de la norma, en la medida que los derechos pueden ser objeto de violación o transgresión por acción, y también por omisión. Además, en ninguno de sus enunciados el texto refiere que para que se configure la ineficacia sea necesario un «engaño», «artificio» o un vicio del consentimiento; antes bien, la

norma alude a «cualquier forma» de violación de los derechos de los trabajadores a la afiliación.

En consonancia con lo expuesto, cabe recordar que todo deber tiene como correlato un derecho. Luego, si conforme a las reglas referidas en casación, las administradoras tienen rigurosas obligaciones de brindar información a los afiliados; estos a su vez tienen el derecho a recibirla. Por ello, puede aseverarse que existe un derecho de los afiliados a obtener información sobre las consecuencias y riesgos de su cambio de régimen pensional, de manera que su violación –por disposición de ley– se sanciona con la ineficacia del acto.

Para ahondar en razones, y asumiendo que el deber de información tiene como correlato un derecho a la información, la sanción de ineficacia no solo encuentra respaldo en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sino también en los artículos 272 de la citada normativa, 13 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política.”

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado y lo que alega **PORVENIR** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte del demandante, en razón a que también recibirá los rendimientos financieros que generó en virtud de esos gastos de administración, 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 en la 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 CSJSL 1688-2019).

De tal suerte que la devolución de los gastos de administración no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante, sino que su orden 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.

En lo referente a las COSTAS impuestas a PORVENIR, esta Sala recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc., por lo cual, se confirma la condena.

Respecto 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 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: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada No. 57 del 25 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **PORVENIR** y **COLPENSIONES** 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.

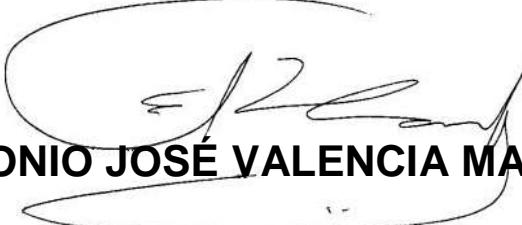
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

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 COLAZOS
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:

**3771570919c403820f5da7eb151e66d638f93e565590303de63da8fa840
a7b14**

Documento generado en 27/07/2020 08:34:27 p.m.