

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	CARLOS RODRÍGUEZ FUENTES
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500720190075601
TEMA	NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 225

En Santiago de Cali, a los ocho (08) 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 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 COLPENSIONES, así como la consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 111 del 9 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería al Abogado JUAN DIEGO ARCILA ESTRADA en calidad de apoderado judicial sustituto de COLPENSIONES según memorial allegado con los alegatos.

SENTENCIA No.162

I. ANTECEDENTES

CARLOS RODRÍGUEZ FUENTES 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 financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones; indicó que el demandante era libre de trasladarse de régimen; que en el evento en que se declare la ineficacia del traslado que se apliquen las consecuencias prácticas ordenando la devolución de todos los valores que están en la cuenta de ahorro individual, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, seguros previsionales, porcentajes que se destinan al fondo de garantía mínima y los gastos de administración.

PORVENIR se opuso a las pretensiones e indicó que el demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, sin que en la vinculación se hubiera presentado un vicio en el consentimiento; que brindó la asesoría requerida para la fecha de la afiliación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **CARLOS RODRÍGUEZ FUENTES** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con

solidaridad y ordenó a PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; junto con el porcentaje de gastos de administración en que se hubiere incurrido, previstos en el art. 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de COLPENSIONES interpuso el recurso de apelación contra la decisión de instancia; señaló que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria conforme se dispone en el literal b) y e) artículo 13 de Ley 100 de 1993; que tuvo el tiempo suficiente para documentarse sobre el régimen que más le convenía; que la parte actora no demostró los vicios o causales de nulidad alegados.

La apoderada judicial de PORVENIR S.A. apeló la sentencia solicitando que declaren probadas las excepciones propuestas en la demanda y se revoque la sentencia de instancia. Indicó que la afiliación que realizó el demandante en el año 2005 cumplió con todos los requisitos vigentes, porque en ese momento no existía obligación de suministrar información escrita respecto a los beneficios puntuales y los montos de las pensiones de los diferentes regímenes; que se le suministró la información de manera verbal y el demandante tomó la decisión de manera libre, voluntaria y sin presiones al suscribir el formulario de afiliación, el cual cumple con los requisitos del art. 11 de Decreto 692 de 1994.

Adujo que el deber de información no solo está en cabeza de su representada, sino también es obligación del demandante al ser un

consumidor financiero, porque la relación entre su representada y el actor no es contractual, sino administrativo, por lo cual, no se puede premiar la desinformación y el desconocimiento de la ley por parte del actor.

Indicó que entregó comunicación al demandante cuando cumplió los 52 años de edad que se podía trasladar, información que se le dio a conocer por los periódicos de amplia circulación nacional, pero que el actor no hizo uso del derecho al retracto.

Señaló que no es posible realizar proyecciones del valor de la pensión por cuanto este puede variar por las circunstancias de salarios base de aportes, los aportes voluntarios y las situaciones familiares; que la demanda no cumple con los requisitos de lo pretendido de la nulidad de traslado y que lo que finalmente se declaró fue la ineficacia; que la acción de nulidad se encuentra prescrita, resaltando que una cosa es el derecho pensional, y otra muy diferente es la ineficacia del traslado que se encuentra prescrita.

Que no es posible que se ordene devolver los rendimientos y los gastos de administración, porque se genera un detrimento en el patrimonio de PORVENIR S.A. y un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES; que es el art. 1746 C.C. el que se debe tener en cuenta para aplicar las consecuencias de la nulidad.

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 PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de la demandante insistió en que la sentencia de primera instancia debe de ser revocada reiterando los argumentos del recurso de apelación.

Agregó que el demandante es capaz en los términos del art. 1502 y 1503 del Código Civil, eligiendo de manera libre sin ningún tipo de coacción, pertenecer al Régimen de Ahorro Individual durante más de 14 años; que la inconformidad del demandante es respecto al monto de su mesada, por lo cual, no se puede hablar de un perjuicio por pertenecer a uno u otro régimen, en la medida que, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se encuentra conformado por dos régimen diferentes y excluyentes entre sí, cuyos beneficios, estructuras, reconocimientos y derechos son discordantes entre ellos.

Explicó que mientras la mesada pensional de RPM se calcula con base en el monto de los aportes durante los últimos diez años de cotización o, el monto de los aportes durante la totalidad de la historia laboral aunado a la densidad de cotización exigida por la ley; que en el RAIS la mesada pensional obedece a cuál fue el monto acumulado por el afiliado en la cuenta de ahorro individual al igual que sus rendimientos, sumados a la previsión de la expectativa de vida y la conformación familiar del afiliado; por lo cual, la forma de calcular la pensión en el RAIS es diferente al RPM, condiciones que el accionante aceptó con la afiliación realizada a la administradora del régimen privado.

ALEGATOS DE COLPENSIONES

El apoderado de COLPENSIONES indicó que el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, por ello no está llamada a

prosperar la nulidad de traslado; que no se demostró vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual dirigido por sus diferentes administradoras como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría el demandante en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación.

Solicitó que en el caso de confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación, se apliquen las consecuencias dispuesta por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia del traslado del demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR S.A.. 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 S.A. de devolver los gastos de administración y los rendimientos, y si prospera o no la excepción de prescripción.

Respecto al **deber de información**, contrario a lo que alega PORVENIR S.A., 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.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o 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; pues así 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.

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, 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. Razón por la cual, no es de recibo para la Sala lo alegado por PORVENIR S.A. cuando indica que cumplió con el deber de información al comunicarle al actor el derecho de retracto, pues este derecho no suple la información debió brindarle al momento en que se trasladó.

Así las cosas, la Sala considera que el Juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia de la afiliación 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 o que en la demanda se pidió una nulidad y el juez declaró la ineficacia, 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, 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 S.A.** referente a que no procede la orden de devolver los gastos de administración y los rendimientos, porque en su sentir opera el artículo 1746 del C.C. que habla sobre las restituciones mutuas, intereses, frutos y el abono de mejoras, esta Sala indica que la orden de devolver los gastos de administración y rendimientos 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, más no como una consecuencia de una nulidad sustanciales derivadas del derecho privado, pues aquí lo que operó fue una ineficacia de la afiliación por ausencia de información.

Así 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 su propio patrimonio. 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 CSJSL1688-2019).

Por tanto, se confirma las consecuencias que el Juez le ordenó cumplir a PORVENIR S.A..

En lo que atañe a la prescripción de la acción de nulidad debe decirse que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos, como consecuencia de no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso. Esta figura jurídica, generalizada en todo el ordenamiento encuentra distintos términos en cuanto a la extinción de las acciones se refiere, según el campo del derecho en el que se encuentre.

Pues bien, en tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se debe recurrir a las normas comunes a fin de determinar la prescripción de las acciones, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia SU 567 de 2015 con fundamento en el artículo 48 Superior

ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dejó dicho, resulta imprescriptible.

En consecuencia, avalar la posición de **PORVENIR** implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual no está llamado a prosperar el argumento de la recurrente y deberá confirmarse la sentencia apelada.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y a favor de la 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. 111 del 9 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Séptimo 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 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:

12276cdc5c17b3807b2e4a492a763158db03dc4c2b1c359fd5b
bb11a0403fecf

Documento generado en 08/09/2020 01:46:00 p.m.