

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	ADIELA URRIAGO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500920190076501.
TEMA	INEFICACIA DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL.
DECISIÓN	SE ADICIONA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.

AUDIENCIA PÚBLICA No. 245

En Santiago de Cali, a los trece (13) días del mes de octubre 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 de la sentencia condenatoria No. 84 del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.178

I. ANTECEDENTES

ADIELA URRIAGO 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 retorno de la demandante de **PORVENIR** a **COLPENSIONES** junto con el traslado de sus aportes y rendimientos financieros.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones y expuso que el trámite de afiliación y traslado se encuentra libre de vicios en el consentimiento por lo cual es válido, que el traslado es potestad única y exclusiva de la afiliada 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 la demandante no demostró ser beneficiaria del régimen de transición. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que a la demandante se le proporcionó una asesoría suficiente, clara, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme a los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que se produjo conforme se desprende de la solicitud de afiliación, garantizándose el derecho de retracto, que la demandante tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias, que las acciones para reclamar la nulidad o ineficacia se encuentran prescritas. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro

de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **ADIELA URRIAGO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó a **PORVENIR** la devolución de todos los aportes realizados al RAIS con sus respectivos rendimientos financieros. Ordenó a **COLPENSIONES** a recibir a la demandante como afiliada al régimen que administra; condenó en costas a **COLPENSIONES** y **PORVENIR**. Envío en consulta la sentencia a favor de **COLPENSIONES** por la condena en costas. Concedió el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** y **PORVENIR**.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación contra la decisión de instancia; indicó que el traslado de régimen que realizó la demandante goza de plena validez toda vez que se hizo de manera libre y voluntaria, sin ningún tipo de coacción, que la demandante cuenta con 65 años, por lo tanto, no se encuentra dentro de las excepciones del artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

La apoderada judicial de **PORVENIR** apeló la sentencia solicitando que se revoquen los numerales 1,2,3,4,5,6 y 8 bajo los siguientes argumentos: **i)** que no existe lugar a declarar la ineficacia del traslado toda vez que la asesoría brindada por su representada a la demandante para la afiliación se hizo conforme a las normas exigidas de la época, que la demandante en su interrogatorio manifestó que su afiliación y permanencia se dio en forma voluntaria; que acorde a sus condiciones académicas y su deber

como consumidora financiera ADIELA URRIAGO no se informó respecto de las consecuencias de su traslado, ni solicitó trasladarse de régimen a pesar de haber contado con varias oportunidades para ello, **ii)** que en el acto de afiliación las partes están en la misma posición en la medida que no tienen forma de modificar las normas por lo que no se puede hablar de una parte fuerte y una débil; **iii)** adujo que respecto de la orden de devolver los rendimientos, debió tenerse en cuenta que los efectos de la ineficacia del traslado son que la situación nunca existió, es decir, que la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS, que los aportes no fueron a una cuenta individual, no generaron rendimientos y no fueron administrados por PORVENIR, que lo único que la demandante debería tener en COLPENSIONES son los aportes que ella realizó a dicha entidad; **iv)** que la condena en costas no procede y solicita se absuelva a su representada de todas las condenas que en esta le fueron impuestas.

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 adujo que de conformidad al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 no es legal ni procedente acceder a la pretensión de nulidad frente al traslado realizado al régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, debiendo entonces la demandante permanecer en este último que eligió de forma libre, espontánea y sin presiones.

ALEGATOS DE PORVENIR S.A.

La apoderada judicial de Porvenir reiteró los argumentos de la contestación y del recurso de apelación con los que solicitó que se revoque la sentencia de instancia; agregó que durante el interrogatorio de parte la demandante manifestó haber realizado voluntariamente la afiliación, conocer la posibilidad de hacer aportes voluntarios pese a que no los hizo, indicó no haber actualizado nunca sus datos de contacto, y conocer la posibilidad que tenía de regresar al RPM. Por otro lado, se tiene que la demandante es profesional en psicología con dos posgrados, uno en Derecho Internacional Humanitario y otro en Derechos Humanos, que esa formación académica la equipó de capacidad para haber consultado fácilmente las normas que regulan el sistema pensional, sin que esto signifique una manifestación en contra de su representada pues reiteró, que se le proporcionó una asesoría completa, integral y suficiente. Que adicionalmente en el interrogatorio de parte rendido la misma demandante manifestó no recordar con exactitud la información recibida.

ALEGATOS ADIELA URRIAGO

El apoderado judicial de la demandante indicó que se ratificaba en todas y cada una de las consideraciones expuestas en el escrito de demanda, que Porvenir no cumplió el deber de información para con su representada.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali remitió el proceso en grado jurisdiccional de Consulta a favor de **COLPENSIONES** respecto a la condena en costas; no obstante, la Sala consulta la sentencia en su integridad a favor de **COLPENSIONES**, por cuanto se le ordenó no solo pagar costas, sino recibir a la demandante como afiliada, sus aportes, los rendimientos, el bono pensional si llegare a existir.

Entonces, de manera conjunta se resolverá la consulta y la apelación, en el sentido de determinar 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 argumentado por la abogada 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 la 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.

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

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 la afiliada al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales a pesar de contar con estudios universitarios como lo manifestó en su declaración que rindió en audiencia, 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.

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 la demandante estuvo afiliada 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 a la 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 a la 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 la apoderada de **PORVENIR** con el que indica que el traslado se presume válido y cumple sus efectos en el mundo jurídico porque la demandante no lo desvirtuó, en razón a que la ineficacia del traslado se sustenta en la omisión del deber de información, por lo cual, la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está es en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la demandante como lo indica la recurrente, porque la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante prueba que acredite que cumplió con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo. Como bien lo dice la apoderada de **PORVENIR** en los alegatos, la demandante en el interrogatorio de parte señaló que no recordaba qué información se le había brindado al momento del traslado, por lo cual, no es de recibo que en esa misma diligencia hubiera confesado

que se trasladó de manera voluntaria, pues para que este se hubiera dado se debió demostrar que su consentimiento estuvo plenamente informado, lo cual brilló por su ausencia.

Además, es subjetivo y sin ningún sustento la conclusión a la que llegan los recurrentes, consistente en que la demandante estuvo conforme con la administración que realizaba **PORVENIR** sobre el capital ahorrado y que la condición de psicóloga de la demandante releva a esa AFP de cumplir con el deber de información.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de la 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 ineficacia 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 ineficacia del traslado se sustenta en la ausencia de información, lo cual, se entiende que ineficacia de traslado y nulidad 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 rendimientos, porque en su sentir los efectos de la ineficacia indican que la situación nunca existió, que la demandante no estuvo afiliada al RAIS, que los aportes no fueron a una cuenta individual ni generaron rendimientos y no fueron administrados por **PORVENIR**, que lo único que la demandante debería tener en **COLPENSIONES** son los aportes que ella realizó a dicha entidad, 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, **PORVENIR** debe devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en la sentencia SL1421-2019, que reiteró la regla de las sentencias SL17595-2017 y SL4989-2018, en la que se señaló:

“Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

‘La administradora tiene el deber de devolver al sistema 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 los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

De conformidad a esas consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, se adiciona el numeral cuarto de la sentencia en el sentido de ordenar a **PORVENIR** que devuelva a **COLPENSIONES**, las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. los gastos de administración y comisiones con cargo a su propio patrimonio.

Por lo anterior, la orden que se dio a **COLPENSIONES** de recibir a la demandante, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues como quedó dicho, recibirla se correlaciona con la devolución que debe hacer **PORVENIR** de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, las comisiones, los gastos de administración.

En lo referente a las **COSTAS** impuestas a **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, 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 y adicionar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de **PORVENIR y COLPENSIONES** 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: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 84 del 27 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que se ordena a **PORVENIR** entregar a **COLPENSIONES** las sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., los gastos de administración indexados y comisiones con cargo a su propio patrimonio.

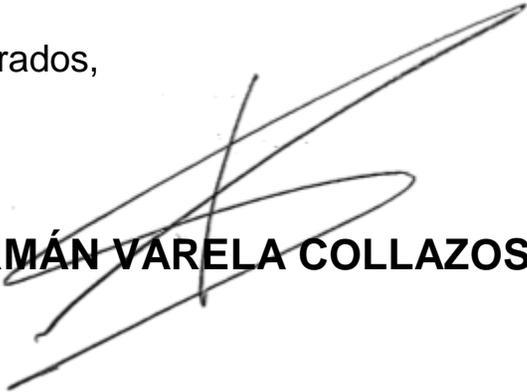
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

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

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:

183790ad69d36a27e0717155969f53aa3daf65028da8fc60e88f772a8235
2b26

Documento generado en 13/10/2020 03:03:53 p.m.