

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.
DEMANDANTE	JAIRO HERNÁN GIL MORENO
DEMANDADOS	La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..
RADICACIÓN	76001310500820190073401
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. 257

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 en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No.50 del 13 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No.190

I. ANTECEDENTES

JAIRO HERNÁN GIL MORENO 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 adujo que los documentos aportados con la demanda, la parte activa no se logra si quiera inferir la nulidad o ineficacia de la afiliación, ni el error o vicio del consentimiento tal como lo establece en el artículo 1502 del Código Civil.

Indicó que al demandante le faltan menos de diez años para cumplir la edad pensional por lo cual no es procedente el traslado; que no contaba con los 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia al Sistema de seguridad Social en Pensiones la Ley 100 de 1993, tiempo requerido por la sentencia unificada 062 de 2010, para efectuar el traslado en cualquier tiempo.

PORVENIR se opuso a las pretensiones y expuso que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Indicó que el demandante recibió una asesoría integral, veraz, oportuna, libre de engaños o presiones conforme se desprende de la solicitud de afiliación, garantizándole el derecho de retracto.

Dijo que lo que se debía demandar era la ineficacia del traslado y no la nulidad; que no hay no hay razones para decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional; que el demandante tiene capacidad para elegir a cuál régimen afiliarse y era su deber informarse respecto al acto de afiliación que incidía en su futuro; que no existe norma que disponga la nulidad de la afiliación por ausencia de información; que el actuar suyo fue de buena fe. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción de la acción y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó JAIRO HERNÁN GIL MORENO 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 debidamente indexados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **PORVENIR** presentó el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Dijo que su representada sí cumplió con el deber de información que le era exigido al momento de la afiliación del demandante; que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiterada en la sentencia SL1452 de 2019 manifestó que solo hasta el año 2009 nació para las Administradoras el deber de proporcionar una asesoría y un buen consejo; que en el año 2014 nació el deber de la doble

asesoría, en el año 2015 y 2016 esto fue regulado, dijo que de acuerdo a ello, al momento en que el demandante se afilió, su representada estaba en la obligación de proporcionar una información, pero no en los términos exigidos en la demanda.

Adujo que su representada le explicó al demandante cuáles eran las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que él tomó la decisión voluntaria y libre de afiliarse a éste régimen, sin que en los años que transcurrieron entre el 2007 y el 2019 hubiera manifestado su inconformidad con su afiliación; resaltó que el demandante contaba con todas las capacidades y facultades mentales legales que establece el Código Civil en el artículo 1502 para obligarse; que en este proceso se demandó la nulidad, y en la sentencia se declaró la ineficacia de la afiliación, por lo que se le violó a su representada el derecho de defensa porque estuvo encaminada a la pretensión de nulidad y no de ineficacia; que en todo caso no hay lugar a declarar la nulidad, ni la ineficacia del traslado, porque éste se realizó cumpliendo los parámetros que existían a la fecha en que lo realizó.

Indicó que al formulario de afiliación no se le puede restar valor probatorio porque era un requisito legal y una expresión que no puede considerarse como un mero requisito formal o ser disminuido en su valor únicamente porque venía en un formato preimpreso, pues en ella habían instrucciones, al respaldo estaban muchas características del régimen de ahorro individual con solidaridad y de las prestaciones que se establecían; el demandante también contó con varias oportunidades para realizar el traslado de régimen y en ningún momento lo realizó; que era admisible que la información se diera de forma verbal sin constancia escrita y, que por el hecho de que no exista, no significa que su representada no hubiera cumplido con el deber que le asistía.

Señaló que la conveniencia de un régimen y otro varía conforme a las condiciones de vida del demandante, conforme a sus ingresos, su fidelidad de cotización, la conformación de su núcleo familiar, que puede ser distinta al momento de realizar la afiliación y al momento de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez.

Indicó que el deber de información que le asiste a su representada no exime al deber que como consumidor financiero tienen todos los afiliados al sistema pensional, de informarse sobre la decisión que se está tomando independientemente de si son legos o no en la materia, porque es una decisión que tiene implicaciones importantes para su futuro. Indicó que dentro del presente proceso no se demostró que el demandante haya cumplido con ese deber que le asistía.

Con relación a las condenas dijo que si llegará a existir una nulidad dentro del proceso, la misma debe estar saneada en los términos del Código Civil, toda vez que el demandante ejecutó voluntariamente las obligaciones.

Agregó que no proceden las condenas de la devolución de los rendimientos, los gastos de administración indexados, porque lo que se decretó fue la ineficacia de la afiliación, y conforme a lo manifestado por la juez, el traslado nunca se llevó a cabo, entonces, que el demandante lo único que debe tener en Colpensiones son los aportes que realizó equivalentes al 16% del IBC y nada más, sin rendimientos.

Que si la orden es de entregar los rendimientos, tampoco habría lugar a entregar los gastos de administración porque fue precisamente haciendo uso de esos gastos de administración que su representada generó los rendimientos que se pide se trasladen al demandante, lo que constituiría un enriquecimiento sin justa causa a cargo de COLPENSIONES y del demandante, pues ellos no le asiste derecho a tener estos rubros, máxime si en Colpensiones se cobra una cuota de administración equivalente al

3% del aporte que durante todos los años en que el demandante estuvo afiliado al Régimen de Ahorro Individual, sobre los que Colpensiones nunca tuvo que descontar ese 3%, porque no tuvieron que pagar primas de seguros, que sí pagó su representada las cuales fueron causadas, y que mucho menos se deben condenar al pago de su indexación, si ya se le están dando los rendimientos.

El apoderado de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia, indicando que el demandante no cumple con la normatividad para que sea procedente un traslado de fondos, por lo cual, alegó por la obligación que se le impuso en la sentencia de recibir al demandante en Colpensiones toda vez que afecta de manera directa o indirecta la sostenibilidad financiera de la misma, porque se está obligando a su representada a pagar prestaciones pensionales, intereses moratorios y demás, sin haber recibido los aportes del demandante durante toda su vida laboral.

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 JAIRO HERNÁN GIL MORENO

La apoderada judicial del demandante insistió en los argumentos presentados en el juzgado, solicitó que se confirme la sentencia.

ALEGATOS DE PORVENIR

La apoderada judicial de Povernir s.a. solicitó que se revoque la sentencia de instancia y, en su lugar, que se absuelva a su representada. reiteró que proporcionó a la demandante una información clara, veraz y oportuna

sobre las características y consecuencias de afiliarse al régimen de ahorro individual, por ello, es que la demandante decidió realizar la suscripción del formulario de afiliación; que en cabeza de la demandante existen obligaciones por ser consumidora financiera e interesada en el acto de afiliación; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado de régimen de pensiones por ausencia de información completa al afiliado; que es improcedente el traslado de gastos de administración y que la acción reclamada se encuentra prescrita.

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. 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 rendimientos.

Respecto al **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.

En tal sentido, contrario a lo que alega PORVENIR, el deber de información no desapareció cuando se agregó el deber de asesoría y buen consejo y de doble asesoría, pues éstos últimos son adicionales al deber de información que le asiste a PORVENIR desde su fundación; tampoco 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; ni al tiempo en que el demandante estuvo afiliado al fondo privado, como equivocadamente lo dice la apoderada de PORVENIR, 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 de la apoderada de PORVENIR con el que indica que el demandante tenía el deber de informarse por la incidencia de los actos en su futuro y que era carga suya demostrar que cumplió con ese deber de consumidor financiero, en razón a que 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 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 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, cuando indica que no encaminó su defensa como era propio, debido a que lo hizo como si se tratara de una nulidad sustancial; no es de recibo esos argumentos porque 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, y tal como se lee de la contestación de la demandada así lo entendió la recurrente, tanto que dedicó en ella títulos para indicar que no existe norma que disponga que la ausencia en el deber de información genera nulidad de traslado; que cumplió cabalmente la obligación de dar información al demandante; que el demandante también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias. De ahí que, sí realizó una defensa encaminada a la ineficacia de la afiliación, y no es cierto que se hubiera planteado una discusión exclusiva a la nulidad sustancial.

Respecto a esa diferencia entre nulidad relativa y absoluta que trae de presente la apoderada 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 ni los rendimientos, porque en su sentir se constituye un enriquecimiento sin justa causa por parte del demandante y de COLPENSIONES, 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 CSJSL1688-2019).

De tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante ni a COLPENSIONES, porque 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; por tanto, devolver los gastos de administración de forma indexada, es procedente, debido a la pérdida del poder adquisitivo de esos valores ocasionados por el paso del tiempo.

Lo anterior permite indicar que no le asiste razón a COLPENSIONES, cuando indica que la ineficacia del traslado declarada afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues la sentencia ordenó a PORVENIR trasladarle todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado y afiliación del actor, como cotizaciones íntegras que incluye gastos de administración debidamente indexados y los rendimientos.

Respecto a la orden de devolver los gastos de administración se precisará la sentencia indicando que tal devolución se hará con cargo al patrimonio de PORVENIR S.A..

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: PRECISAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 52 del 13 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de indicar que la orden dada a PORVENIR S.A. de devolver el porcentaje de los gastos de administración, es con cargo a su propio patrimonio, por los periodos en que ha administrado las cotizaciones del demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: 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.

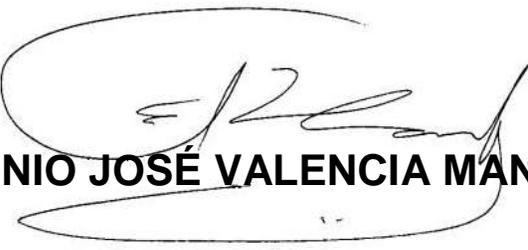
Intervinieron los Magistrados,



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:

**29c74511ab347d4e1a32864d34565ed72acb87696dc78db967d1442b5
abce2d5**

Documento generado en 13/10/2020 03:04:13 p.m.