

## REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



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

|            |   |
|------------|---|
| PROCESO    | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA  |
| DEMANDANTE | BEATRIZ HOYOS SOTO  |
| DEMANDADO  | LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-<br><br>SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.  |
| RADICACIÓN | 76001310500920190051201   |
| TEMA       | NULIDAD O INEFICACIA DEL 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.<br><br>CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO. |
| DECISIÓN   | SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA.   |

### AUDIENCIA PÚBLICA No.175

En Santiago de Cali, a los once (11) días del mes de agosto 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 art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como la consulta de ésta en lo que no fue objeto de

apelación de la sentencia condenatoria No. 044 del 07 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali

## **SENTENCIA No.129**

### **I. ANTECEDENTES**

**BEATRIZ HOYOS SOTO** 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 fue legal. **PORVENIR** indicó que no existen razones fácticas y jurídicas que conduzcan a la ineficacia o nulidad del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, que lo hizo en forma consciente y espontánea sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas, que antes de tomar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS y suscribió el formulario de solicitud de vinculación en forma voluntaria y libre, el cual cumplía con los requisitos de ley.

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

La Juez declaró la ineficacia del traslado que realizó **BEATRIZ HOYOS SOTO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de

ahorro individual y ordenó a PORVENIR la devolución de los aportes y los rendimientos financieros.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

apoderado judicial de COLPENSIONES alegó que de conformidad con lo señalado en los literales b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 la demandante no se puede trasladar de un régimen a otro pues ella nació el 17 de abril de 1953, por lo que lleva más de 20 años afiliada al RAIS; no tiene derecho al régimen de transición, por lo tanto, pide que se revoque la sentencia de instancia.

La apoderada judicial de PORVENIR interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia.

Adujo que sí se cumplió con el deber de información exigido por la norma en el año 1995, cuando se realizó el traslado primigenio; que no es dable asignarle cargas a su representada que no estaban previstas en las Leyes, pues no existía el deber de suministrar una doble asesoría ni de indicarle cuánto era el monto que tenía que tener en su cuenta individual para obtener determinada masada pensional; tampoco era necesario realizar proyecciones pensionales; que la demandante tiene deberes como consumidora financiera con sus actos de afiliación; que en el año 2003 se les informó a todas las personas que estaban afiliadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de forma pública y en sus extractos y en las comunicaciones emitidas por PORVENIR se les informó que tenían la posibilidad de trasladarse, pero la demandante no lo hizo; que el formulario de afiliación no es un simple documento al que se le debe restar valor legal; que la demandante pudo haber formulado preguntas a los asesores y gozaba de plena capacidad para obligarse;

que la demandante no es lega porque tiene conocimientos financieros en virtud de su profesión.

Alegó que la demanda estuvo direccionada a que se declara la nulidad del traslado, por lo que su defensa estuvo proyectada de acuerdo a esa pretensión, y no a la de ineficacia de afiliación por ausencia de información como se tornó el curso del proceso hasta la sentencia. Que en todo caso no existe nulidad absoluta, ni relativa.

Solicitó que en el evento en que se admita que el traslado está afectado de nulidad, lo único que se debería devolver son los aportes que realizó la demandante, pues las cosas deberán devolverse al estado inicial, en virtud de las restituciones mutuas establecidas en el art. 1747 del Código Civil, por lo cual, no proceden las órdenes dadas a su representada de devolver los gastos de administración, rendimientos, y demás sumas; que la demandada siempre actuó de buena fe y actuó de manera excepcional.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el art. 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 se presentaron los siguientes alegatos:

## **ALEGATOS DE COLPENSIONES**

El apoderado judicial de COLPENSIONES solicitó que se revoque la sentencia, indicando que la actora nació el 17 de abril de 1953 y cuenta con 66 años de edad, por lo cual es candidata para tener derecho a la pensión de vejez, aunado a ello, se tiene que se afilió al principio al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, se trasladó al RAIS a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a

partir del mes de agosto de 1995, por lo que lleva más de 20 años afiliada en el RAIS sin haber mostrar inconformidad alguna en la administración de sus cotizaciones en el fondo privado referenciado, razón por la cual es el fondo privado de pensiones quien debe resolver su situación pensional, por lo que dicho traslado tiene plena validez conforme al Artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

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

La apoderada de PORVENIR S.A. solicitó que se revoque las condenas impuestas a su representada.

Indicó que al momento en que la demandante realizó el traslado estaba obligada únicamente a proporcionarle información relevante para que tomara una decisión sobre la AFP en la que quería estar afiliada, situación que se surtió en el año 1995. De acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado, esto es, las establecidas en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, no se establecía el deber de información alegado en el escrito de demanda y sentencia, puesto que la obligación de explicar a los potenciales afiliados las consecuencias del traslado de régimen pensional surge a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó el Decreto 2555 de 2010; que el deber del buen consejo, en su conceptualización actual, no estaba vigente en el año 1995. Por lo que la información que le fue dada era completa, suficiente y veraz.

Que el traslado que realizó la demandante entre AFP denota no solo el conocimiento de la facultad de trasladarse, sino también su voluntad de permanencia en el R.A.I.S..

Indicó que por haberse trasladado la demandante hace más de 20 años, sus declaraciones respecto a la información que recuerda le fue brindada

deben ser evaluadas teniendo en cuenta que es más que natural no recordar la totalidad de la información suministrada por los asesores comerciales de mi representada o caer en imprecisiones o malas interpretaciones, en razón al proceso de la memoria que tienen las personas en el tiempo.

Que no se puede hablar de una relación de asimetría entre las partes o una posición dominante, pues Porvenir S.A. no tiene la potestad de modificar estas normas que son de público conocimiento.

Alegó que no hay normas que dispongan que ante la falta de información correcta al afiliado se genere la ineficacia del traslado de régimen.

Solicitó que en el supuesto en el que la Sala decidiera confirmar parcialmente el fallo del a quo, deberá indicarse que si lo que se está declarando es la ineficacia, el efecto práctico y teórico de esta figura es entender que el acto o contrato nunca nació a la vida jurídica y no produjo efectos, por lo cual, no habría lugar a retornar los rendimientos dado que estos nunca se habrían producido y los gastos de administración, de conformidad a las restituciones mutuas establecidas en art. 1747 del Código Civil.

Finalmente, indicó que la pretensión de nulidad se encontraría actualmente prescrita, en atención a lo señalado en el artículo 1750 del Código Civil y los artículos 151 CPT y SS al igual que el artículo 488 CST.

#### **IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS**

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la nulidad del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a

PORVENIR S.A.. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de esa decisión y si prospera o no la excepción de prescripción.

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 es 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 **dobles asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Contrario a lo que alega PORVENIR, el deber de información no se suplir con los formularios de afiliación, ni con las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP, pues con estas se podría acreditar la firma del formulario, pero no el consentimiento ni la información brindada. Respecto al deber 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 y SL 1688 de 2019.

**PORVENIR S.A.** no demostró que cumplió con el deber, ni que así lo hizo HORIZONTE en su momento, pues este deber 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 le asiste “*desde su fundación*” así que ya existía en el año 1995 cuando la demandante se trasladó al RAIS.

Por lo anterior, la Sala no comparte el argumento de la apoderada 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 la demandante tuvo la oportunidad de hacer preguntas, pero no las realizó; que no buscó información adicional; que permaneció por más de 20 años afiliada al RAIS y ratificando su voluntad al trasladarse entre fondos. La razón por la que no se comparte esos argumentos es porque la carga de la prueba de demostrar que a la demandante se le brindó la información al momento de la traslado está en cabeza de las administradoras de pensiones y no del demandante, puesto que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse los fondos de pensiones mediante prueba que acredite que cumplieron con la obligación y la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. Se precisa que el hecho de no haberse trasladado la demandante de régimen nuevamente y llevar más de 20 años afiliada a

PORVENIR no significa ratificación de la afiliación al RAIS ni el haber recibido la información adecuada.

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, entendió que nulidad de traslado e ineficacia del traslado en este proceso se expusieron como sinónimos que tienen las mismas consecuencias jurídicas, tal y como lo reconoció la misma apelante.

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 rendimientos financieros, porque en su sentir solo procedería la devolución de los aportes que realizó la demandante, 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 rendimientos, de los gastos de administración, comisiones no podría ser una forma de enriquecer ilícitamente al demandante desde la lectura de las restituciones mutuas del Código Civil, 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 1º, 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.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen, esta Sala encuentra el derecho a la seguridad social es irrenunciable, el cual resulta imprescriptible.

Las razones anteriores son suficientes para confirmar la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de cada una la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente.

#### **IV. DECISIÓN**

Sin más consideraciones, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, 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. 044 del 7 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR** a devolver el porcentaje de los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, previstos en el artículo 13, Literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 por los periodos en que administró las cotizaciones de la demandante, los bonos pensionales que hubiere recibido, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C.

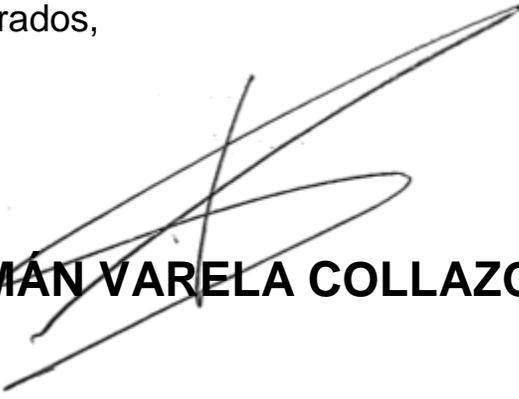
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia consultada y apelada en todo lo demás.

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

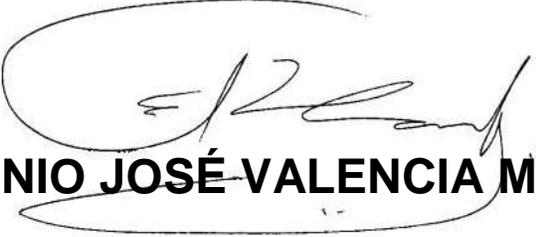
Intervinieron los Magistrados,



**GERMÁN VARELA COLLAZOS**



**MARY ELENA SOLARTE MELO**



**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**

**Firmado Por:**

**GERMAN VARELA COLLAZOS  
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL  
DESPACHO 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:

**0c25004c95882a3949cede72defdbfe23defe281f45254  
8e238803498481a276**

Documento generado en 11/08/2020 03:39:31 p.m.