

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|------------|---|
| PROCESO | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA. |
| DEMANDANTE | YAMILETH GARCÍA JARAMILLO |
| DEMANDADOS | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS |
| RADICACIÓN | 76001310501620180034101 |
| TEMA | NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. |
| DECISIÓN | SE MODIFICA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA. |

AUDIENCIA PÚBLICA No. 218

En Santiago de Cali, a los ocho (8) días del mes de julio de dos mil veinte (2020), el magistrado **GERMÁN VARELA COLLAZOS** en asoció de sus homólogos de Sala Decisión Laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la PORVENIR S.A., así como la consulta a favor de COLPENSIONES en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 0047 del 17 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali.

Se reconoce personería al Abogado Juan Diego Arcila Estrada en calidad de apoderada judicial sustituto de COLPENSIONES, el poder de sustitución

otorgado a Carolina Zapata Beltrán queda sin efecto en virtud del poder concedido con posterioridad al Abogado Arcila Estrada.

SENTENCIA No.155

I. ANTECEDENTES

YAMILETH GARCÍA JARAMILLO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** - a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** – en adelante **PORVENIR S.A.**-, y a **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS** – en adelante **COLFONDOS**, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, porque esas AFP no cumplieron con el deber de información al momento del traslado; que se ordene a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** el traslado a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

COLPENSIONES manifestó que nada tuvo que ver con el proceso de afiliación y asesoría que se brindó a la parte actora respecto del traslado del régimen al fondo privado, dijo que por la edad de la demandante es claro que le está prohibido el traslado de régimen en virtud de la regla contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** se opusieron indicando que el traslado fue legal.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juez declaró la nulidad del traslado que realizó **YAMILETH GARCÍA JARAMILLO** del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual y ordenó a **PORVENIR** y a **COLFONDOS** la devolución de los aportes y los rendimientos.

III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de PORVENIR S.A. apeló la sentencia solicitando que se revoque bajo los siguientes argumentos: i) que la Corte Constitucional en la sentencia 245 de 2017 estableció que el término de ineficacia guarda un sentido muy amplio respecto de la manifestaciones de la voluntad defectuosas al indicar que *“la categoría de ineficacia en términos generales comprende fenómenos tan diferentes como la inexistencia, la nulidad absoluta, nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho, entre otras”*.

Dijo que la inexistencia se produce en aquellos supuestos en los cuales, los requisitos o condiciones de existencia de un acto jurídico no se configuran tal y como ocurre por ejemplo cuando falta completamente la voluntad, condición que no se cumple en este caso toda vez que no se demostró que la voluntad de la afiliada haya sido completamente defectuosa, además que la demandante era mayor de edad, capaz física y jurídicamente para firmar el formulario de afiliación de PORVENIR S.A..

Adujo que PORVENIR S.A. cumplió a cabalidad con lo estipulado en la ley y que se escapa de su representada la competencia de interpretar una normatividad que para el tiempo de traslado del afiliado no era tan clara respecto a lo que era el procedimiento del traslado y la información que se debía suministrar, información que con el paso de los años la Corte Suprema de Justicia y otros órganos competentes comienzan a precisar como por ejemplo la normatividad referente a la doble asesoría y entre otras que salieron tiempo después.

Finalmente, señaló que la nulidad fue saneada por ratificación de las partes, teniendo en cuenta que la demandante efectuó traslados entre fondos del mismo régimen en el RAIS, por lo tanto, que es inconcebible

que después de tanto tiempo, ni siquiera haya podido ejercer su propia diligencia al respecto de lo que son sus derechos pensionales y todas las implicaciones que tiene.

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:

ALEGATOS DE COLFONDOS S.A.

La apoderada judicial de Colfondos S.A. reiteró los argumentos expuestos en el trámite procesal, encaminados a que cumplió con el deber de información conforme a las normas vigentes; que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo cual se evidencia con la firma del formulario; que era la demandante quien debió probar el supuesto engaño u omisión de la información; que la demandante no hizo uso del derecho de retracto; que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se encuentra prescrita, porque se ha superado el plazo de tres (3) años previsto en el artículo 151 del CPTSS y los cuatro (4) años previsto en el artículo 1750 del Código Civil en el caso de las nulidades relativas de los actos jurídicos.

ALEGATOS DE COLPENSIONES

Teniendo en cuenta que presentó dos memoriales de alegatos en fechas diferentes, se tendrá en cuenta el último que se allegó por haberse presentado dentro del término concedido para tal fin.

El apoderado judicial de Colpensiones indicó que la demandante posee el derecho a la selección libre y voluntaria de cualquiera de los regímenes del sistema general de seguridad social en pensiones; que las

proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su traslado, máxime que el monto pensional en el RAIS también depende de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía.

Solicitó que en el eventual caso que resulte una condena desfavorable para su representada, que le ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, pertenecientes a la cuenta individual de la demandante, debidamente indexados por el periodo en que permaneció afiliada ahí.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Entonces, lo que la Sala resolverá es si se debe o no declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.; en caso afirmativo, definir cuáles son las consecuencias y si prosperó 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 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 perjudicarle, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

En tal sentido, el deber de información no se suple ni se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; ni al tiempo en que la demandante estuvo afiliado al fondo privado ni con los traslados entre fondos, como equivocadamente lo dice el recurrente, 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 del recurrente al indicar que el acto de afiliación fue voluntario y libre; que se ratificó por los traslados entre fondos; en razón a que la carga de la prueba de demostrar que se le brindó la información al momento del traslado está en cabeza de las administradoras de pensiones y no de la 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 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 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 señala que el término ineficacia es amplio y guarda relación con las nulidades absolutas, 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 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 la Corte Suprema de Justicia 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 el numeral segundo de la sentencia y se adiciona en el sentido de ordenar a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. la devolución de los gastos de administración previstos en el artículo 13, literal q) y artículo 20 de la Ley 100 de 1993 con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales en el evento que los hubiera, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C..

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.

Las razones anteriores son suficientes para modificar la sentencia consultada y apelada. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a 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 segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 0047 del 17 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, y a **COLFONDOS S.A.** 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 administraron 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 S.A. y a favor de la demandante, inclúyanse en la liquidación de esta instancia a 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:

2d5305da0a751f0f06e81b11113595f7061a7c37eee766e0b98f

90a9913913ab

Documento generado en 08/09/2020 01:43:34 p.m.