

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA DE DECISIÓN LABORAL

|            |                                                                                                                                                                                                       |
|------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| PROCESO    | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA.                                                                                                                                                               |
| DEMANDANTE | MARTHA CECILIA TRIVIÑO MILLÁN                                                                                                                                                                         |
| DEMANDADOS | La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -.<br><br>COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A..-<br><br>SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. – PORVENIR- |
| RADICACIÓN | 76001310500320190032101                                                                                                                                                                               |
| 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. 328

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de noviembre 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 el recurso de apelación que presentó la apoderada judicial de COLPENSIONES, y la consulta a su favor en lo que no fue objeto de apelación de la sentencia condenatoria No. 167 del 4 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali.

Reconocer personería a la abogada Sandra Milena Palacios Mena en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones.

## **SENTENCIA No. 238**

### **I. ANTECEDENTES**

**MARTHA CECILIA TRIVIÑO MILLÁN** demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** – a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVERNIR S.A.** – en adelante **PORVENIR** y a **–COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** – en adelante **COLFONDOS** –, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS, porque las AFP no cumplieron 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, de los documentos aportados con la demanda 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 a la 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.

**COLFONDOS S.A.** se opone a las pretensiones e indica que le brindó a la demandante la información requerida al momento del traslado, que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria, por lo cual, suscribió el formulario de afiliación.

**PORVENIR S.A.** se opone a las pretensiones e indica que le brindó a la demandante la información requerida al momento del traslado, que el traslado se realizó de forma libre y voluntaria, por lo cual, suscribió el formulario de afiliación; que no debía brindarle información escrita a la demandante, y en todo caso, que en ella recae la obligación de informarse, como consumidora del sistema financiero; señaló que no existe norma que sustente que la ausencia de información al momento de la afiliación genere nulidad del traslado.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó MARTHA CECILIA TRIVIÑO MILLÁN del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PORVENIR la devolución de los valores correspondientes a las cotizaciones, con los rendimientos financieros y los gastos de administración.

## **III. RECURSO DE APELACIÓN**

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** interpuso el recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia. Señaló que la demandante cuenta con más de 47 años de edad y, cuando se trasladó estaba en pleno derecho de hacerlo, por lo tanto, el procedimiento estuvo

de acuerdo a la ley y goza de plena validez, pues su representada no se podía negar al traslado porque violaría el derecho de libre afiliación. Dijo que no es procedente el traslado por prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por estar próxima a la edad pensional; que con la declaratoria de nulidad se afecta la sostenibilidad financiera del sistema por cuanto generaría una carga prestacional en cabeza de Colpensiones.

La apoderada judicial de **PORVENIR** presentó el recurso de apelación para solicitar que se revoque la sentencia y se declaren probadas las excepciones de mérito propuestas.

Indica que no existía lugar que se declarara la ineficacia de la afiliación porque su representada le proporcionó a la demandante la información vigente para época el año 2000; que la asesoría no tenía que contar con algún tipo de soporte documental más allá del formulario de afiliación.

Aduce que la demandante recibió asesoría por parte de COLFONDOS y de su representada, por lo cual que se le exija el cumplimiento de obligaciones que no estaban vigentes, que solo nacieron tiempo después por la jurisprudencia y normas que no son retroactivas. Además, que la demandante tenía la obligación de informarse por ser una consumidora financiera y al contar con la capacidad mental para hacerlo.

Alega que la devolución de gastos de administración no procede, porque está declarando la ineficacia de la afiliación la cual tiene como consecuencia dejar sin efecto jurídico la afiliación de la demandante. Que no entiende por qué si se está hablando de la ineficacia se utilizan normas de la figura de la nulidad para ordenar la restitución de estos dineros; que si no nació a la vida jurídica la afiliación, entonces que los rendimientos no se generaron; que lo único que poseería sería el 16%

consignado en la cuenta común, pero no hubiera generado rendimientos; que la sentencia esta ordenando trasladar rendimientos.

Los gastos de administración es una suma que se descontó debidamente en la medida en que no existe ningún vicio, ni indicios de la invalidez de la afiliación, por lo tanto, en estricto cumplimiento de un deber legal se utiliza ese dinero para gestionar los recursos, para generar rendimientos y pagar primas de seguros previsionales de vejez y muerte.

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 MATHA CECILIA TRIVIÑO**

La apoderada judicial de la demandante reiteró los argumentos de la demandada en torno al deber de información que le asiste a las administradoras de pensiones al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional, y que ese deber no se cumplió por las demandadas, razón por la cual solicita que se confirme la sentencia de instancia e incluir condena en costas de primera y segunda instancia a las partes vencidas en juicio de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso, teniendo en cuenta que además de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, colfondos y porvenir apelaron la sentencia de primera instancia.

### **ALEGATOS DE COLPENSIONES**

La apoderada judicial de Colpensiones indicó que el traslado goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen

cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; razón por la cual, no está en la obligación la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de recibir a la demandante.

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

La apoderada judicial de Porvenir 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 no hay norma legal que soporte 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. Señala que la consecuencia de la ineficacia del traslado debe recaer contra de COLFONDOS por ser la primera administradora a la que la demandante efectuó el traslado de régimen.

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

Entonces, en virtud de los recursos de apelación presentados por COLPENSIONES y PORVENIR, y la consulta a favor de COLPENSIONES, la Sala resolverá si se debe o no declarar la ineficacia del traslado de la demandante del otrora ISS – hoy COLPENSIONES – al Régimen de Ahorro Individual. En caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias prácticas de tal declaratoria. Por no haber apelado la apoderada judicial de la parte demandante no se incluyen los reparos

respecto a las costas que realiza la apoderada de la parte demandante en los alegatos.

En cuanto 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 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 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 COLFONDOS y 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, 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.

**COLFONDOS** y **PORVENIR** no demostraron que cumplieron 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.

Así las cosas, la Sala considera que la Juez acertó en su decisión de declarar la nulidad o la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, de allí que, no le asiste razón a Colpensiones y a Porvenir en su apelación.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, esta Sala indica que 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., por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a las 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 tal suerte que, la devolución de los gastos de administración y rendimientos no podrían ser una forma de enriquecer ilícitamente a la demandante ni a COLPENSIONES, porque la 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.

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 y los rendimientos.

En consideración a ello, esta Sala adiciona el numeral segundo 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 y comisiones, y para indicar que, los gastos de administración que ordenó devolver la sentencia de instancia a **PORVENIR** son con cargo a su propio patrimonio. Y se adiciona para indicar que se **ORDENA** a **COLFONDOS** devolver los gastos de administración y comisiones por el tiempo que administró la cuenta de la demandante.

En cuanto 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 COLPENSIONES y PORVENIR, 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 segundo de la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 167 del 4 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, 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, las comisiones y los gastos de administración, que se ordenó devolver, son con cargo a su propio patrimonio. De igual manera, se **ADICIONA** la sentencia en el sentido de **ORDENAR** a **COLFONDOS** que devuelva los gastos de administración generados durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada ahí.

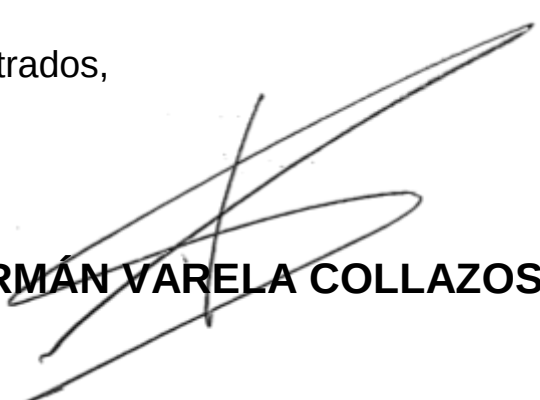
**SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás.

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

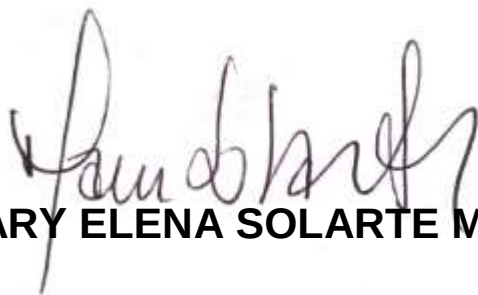
Esta providencia queda notificada a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

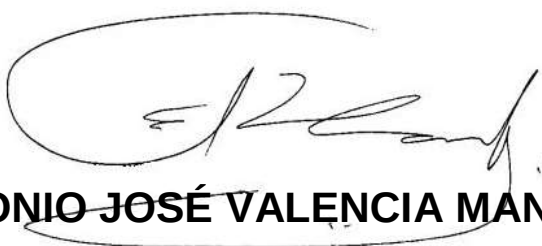
Intervinieron los Magistrados,



**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:

**daff3182f903b83edb8853dea892535c189136be7f6d519d1ac10a656f39**

**8240**

Documento generado en 30/11/2020 05:25:53 p.m.

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**